

RICARDO RACHID DE OLIVEIRA

APLICAÇÃO DA NORMA PENAL NO TEMPO E A SUCESSÃO DE
LEIS PENAIS DISTINTAMENTE MAIS FAVORÁVEIS

Dissertação apresentada como
requisito parcial à obtenção do grau
de Mestre em Direito das Relações
Sociais, Curso de Pós-Graduação em
Direito, Setor de Ciências Jurídicas,
Universidade Federal do Paraná.


Orientador: Prof. Luiz Alberto
Machado

CURITIBA

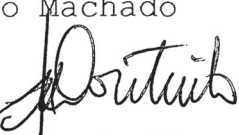
2002

TERMO DE APROVAÇÃO**RICARDO RACHID DE OLIVEIRA****APLICAÇÃO DA NORMA PENAL NO TEMPO E A SUCESSÃO DE LEIS PENAIS DISTINTAMENTE
MAIS FAVORÁVEIS**

Dissertação aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre no Curso de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:



Orientador: Prof. Luiz Alberto Machado
UFPR



Prof. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho
UFPR



Prof. Salo de Carvalho
PUC/RS

Curitiba, 1º de julho de 2002

Para o Jacinto, por tudo. Em especial por aquele almoço em Mandirituba. Quisera esse trabalho pudesse ter a grandeza de teu coração.

Para Luciana e Pedro. Pela felicidade que me traz o convívio. Hoje eu entendo o significado da frase: "...pelo tempo subtraído de nossa convivência".

SUMÁRIO

RESUMO.....	VI
1 INTRODUÇÃO.....	1
2 REGULAMENTAÇÃO BÁSICA DA SUCESSÃO DE LEIS PENAIS NO TEMPO..	3
2.1 PRINCÍPIO DA LEGALIDADE.....	3
2.1.1 Breve notícia histórica.....	3
2.1.2 Princípio da Legalidade e seus corolários.....	11
2.1.2.1 Princípio da tipicidade.....	12
2.1.2.2 Princípio da proscrição da incriminação pela analogia.....	18
2.1.2.3 Princípio da proscrição da incriminação pelos costumes.....	24
2.1.2.4 Princípio da anterioridade.....	27
2.2 APLICAÇÃO DA NORMA PENAL NO TEMPO. REGRA GERAL: "TEMPUS REGIT ACTUM".....	29
2.3 EXCEÇÃO A REGRA DO "TEMPUS REGIT ACTUM" : RETROATIVIDADE BENÉFICA DA NORMA PENAL.....	32
2.3.1 Fundamentos.....	32
2.3.2 Hipóteses: "Lex mitior" e "abolitio criminis".....	37
3 PROBLEMAS MAIS COMUNS DA SUCESSÃO DE LEIS PENAIS.....	41
3.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS.....	41
3.2 TEMPO DO CRIME.....	42
3.2.1 Crimes permanente, habituais e plurissubsistentes.....	45
3.2.2 Crime continuado.....	50
3.2.3 Ressalvas importantes.....	52

3.3 LEI PENAL TEMPORÁRIA E LEI PENAL EXCEPCIONAL.....	53
3.4 LEI PENAL EM BRANCO.....	57
3.5 LEI INTERMÉDIA.....	65
3.6 "VACATIO LEGIS".....	67
3.6.1 Lei nova com normas mais favoráveis.....	67
3.6.2 Lei nova com normas mais graves.....	71
3.7 LEI INTERPRETATIVA.....	75
3.8 MEDIDAS DE SEGURANÇA.....	78
3.9 APLICABILIDADE DAS NORMAS DA "LEX MITIOR" INCONSTITUCIONAL.....	80
4 SUCESSÃO DE LEIS PENAIS DISTINTAMENTE MAIS FAVORÁVEIS.....	84
4.1 CONTEXTUALIZAÇÃO DO TEMA.....	84
4.2 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO ART. 5º, XL, DA CR: CARACTERIZAÇÃO E CONSEQUÊNCIAS.....	90
4.3 LIMITES À LIMITABILIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	96
4.4 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO ART. 5º, XL, DA CR E A INEXISTÊNCIA DE CONFLITO COM O PRINCÍPIO DA TRIPARTIÇÃO DOS PODERES.....	100
4.5 PONDERAÇÃO UNITÁRIA E TÉCNICA LEGISLATIVA.....	109
4.6 CRÍTICA À UTILIZAÇÃO DO ARGUMENTO "A MAIORI AD MINUS".....	113
4.7 PONDERAÇÃO DIFERENCIADA, COMBINAÇÃO DE LEIS E SEUS LIMITES.....	116
5 CONCLUSÕES.....	120
6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	124

RESUMO

O princípio da legalidade penal tem quatro corolários básicos: o princípio da tipicidade; o princípio da proscrição à incriminação pelos costumes; o princípio da proscrição à incriminação pela analogia; e o princípio da irretroatividade das normas penais mais graves. Além da regra da irretroatividade das normas penais mais graves, há, ainda, a regra da retroatividade das normas penais mais favoráveis, ambas com assento constitucional. Há uma série de problemas que decorrem destas regras (retroatividade benéfica e irretroatividade maléfica), dentre eles, os relativos: aos crimes permanentes, continuados, habituais e plurissubsistentes; às leis penais temporárias e excepcionais; às leis penais em branco; às leis penais intermediárias; à aplicabilidade das normas benéficas decorrentes de lei penal em período de "vacatio legis"; à impossibilidade de a lei penal que traga normas penais mais graves entrar em vigor na data de sua publicação; aos efeitos da declaração de inconstitucionalidade da lei penal que traga normas mais benéficas; às medidas de segurança; e às leis interpretativas. Dentre os problemas, confere-se maior destaque ao relativo à sucessão de leis penais distintamente mais favoráveis, o que ocorre quando uma lei posterior à prática do crime traz normas mais graves e mais benéficas se comparadas com as decorrentes da lei em vigor na data do crime. Diante da divergência doutrinária a respeito de se aplicar todas as normas da lei anterior ou posterior (critério da ponderação unitária) ou de se aplicar apenas as normas mais benéficas de uma e outra lei (critério da ponderação diferenciada), sustenta-se ser o melhor o critério da ponderação diferenciada. Isto porque, há uma diferença entre norma e lei (fato gráfico). É a norma que retroage e não a lei. Por esta razão não há fundamento para se operar uma restrição ao direito fundamental (art. 5º XL, da CR) à retroatividade da norma menos grave, o qual, como direito fundamental que é, está sujeito ao princípio da máxima eficácia.

1 INTRODUÇÃO

O objetivo precípua do presente trabalho é analisar a questão relativa à sucessão de leis penais distintamente mais favoráveis.

Com efeito, até em razão da acentuada tendência reformadora, não é raro entrar em vigor lei penal que veicula disciplina mais favorável ao réu sob alguns aspectos e, concomitantemente, traz regras desfavoráveis sob outros aspectos, se comparadas com as vigentes no momento em que o crime ocorreu.

Diante desta situação - e das regras constitucionais que determinam a retroatividade das normas penais favoráveis e a irretroatividade das normas penais desfavoráveis ao réu -, é debatida na doutrina a questão de se saber se o juiz deve aplicar todas as normas (mais e menos graves) extraíveis da lei posterior, ou se deve aplicar apenas as normas mais benéficas extraíveis de uma ou de outra lei.

As soluções normalmente propostas enfrentam a questão apenas sob a ótica da violação ou não do princípio da tripartição dos poderes. Com efeito, há os que negam a possibilidade de se aplicar apenas as normas mais benéficas (extraíveis ora da lei anterior, ora da posterior) porque vêm aí a construção de uma terceira lei, diversa da anterior e da posterior, por parte do aplicador.

Uma vez que as regras da irretroatividade maléfica e retroatividade benéfica constituem-se verdadeiras regras de direito fundamental, pretende-se, nada obstante, analisar a questão também sob a ótica da teoria dos direitos

fundamentais, especificamente tendo em vista os limites à limitabilidade daqueles.

Antes contudo, é necessário rever o princípio da legalidade penal, seus corolários, bem como os problemas mais comuns relativos à sucessão de leis penais no tempo.

2 REGULAMENTAÇÃO BÁSICA DA SUCESSÃO DE LEIS PENAIS NO TEMPO

2.1 PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

2.1.1 Breve notícia histórica

Atualmente, o princípio da legalidade tem sua formulação geral prevista no art. 5º, II, da Constituição da República, segundo o qual "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei".

Especificamente para o direito penal, o art. 5º, XXXIX, da Constituição da República, dispõe que "não haverá crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal".

É praticamente unânime a afirmação segundo a qual o princípio da legalidade era estranho ao direito romano.

Há quem, como Heleno Cláudio FRAGOSO, aponte que ao tempo das "'questiones perpetuae' estariam os magistrados adstritos à previsão legal anterior para os crimes e as penas a serem aplicadas, quanto aos 'crimina publica' (legitima, ordinaria)"¹, ressaltando, todavia, que esta regra deixa de prevalecer no direito posterior com a instituição da "cognitio extraordinaria".

Seja como for, ainda que a menção do direito romano -

¹ FRAGOSO. H. C. *Lições de direito penal*. 2ª ed. Rio de Janeiro : Forense, 1991, p. 89.

durante um certo período -, à expressa previsão dos delitos e das penas possa ter relativo valor histórico, tal previsão jamais fora posta como garantia abstrata e permanente².

Por outro lado, como observa Enrique CURY URZÚA, "la ciencia del derecho penal parece haber alcanzado en Roma un desenvolvimiento que estuvo muy por debajo de la del derecho civil. Por consiguiente, también su influencia posterior, si bien importante hasta cierto punto, fue menos significativa y duradora que la que hasta hoy ejerce en el campo de los ordenamientos privados"³.

Sendo assim, não deixa de ser uma tarefa inglória buscar no direito romano uma afinidade com o princípio⁴, até por sua estrutura incompatível com ele, onde a jurisprudência, "de forma criativa, compunha espécies de mosaicos normativos, os quais determinavam o contínuo surgimento de linhas alternativas ou analógicas de solução"⁵.

Não falta quem, como José Frederico MARQUES, busque na Idade Média a origem histórica do princípio. Assim, aponta o autor que a origem estaria no juramento, feito por Afonso IX

² LOPES, M. A. R. **Princípio da legalidade penal**. São Paulo : RT, 1994, p. 38.

³ CURY URZÚA, E. **Derecho penal - parte general**. 2 ed., Santiago : Editorial Jurídica do Chile, 1996, p. 130. Tradução do texto: "a ciência do direito penal parece ter alcançado em Roma um desenvolvimiento que esteve muito abaixo da do direito civil. Por consiguiente, também sua influência posterior, se bem que importante até um certo ponto, foi menos significativa e duradoura que a que até hoje exerce no campo dos ordenamientos privados".

⁴ BATISTA, N. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 4ª ed. Rio de Janeiro : Renavam, 1999, p. 65.

⁵ CUNHA, R. M. C. **O caráter retórico do princípio da legalidade**. Porto Alegre : Síntese. 1979, p. 30-31.

nas Cortes de Leão em 1188⁶, que "não procederá contra a pessoa e propriedade de seus súditos enquanto não fossem chamados 'perante a Curia'"⁷. Nessa linha, refere, ainda, que em 1299 fora proclamado nas Cortes de Valladolid que ninguém seria privado da vida ou propriedade enquanto não fosse a causa apreciada segundo o "fuero" e o direito, o que foi mantido por Pedro I em 1351 e, posteriormente, a pedido das Cortes de Toro, reafirmado por Henrique II⁸.

Entretanto, como bem observa Andrei Zenkner SCHIMDT "tais éditos tendem muito mais a originar o princípio da jurisdicionalidade do que propriamente o da Legalidade Penal"⁹.

Assim, prevalece o entendimento segundo o qual o princípio da legalidade, pelo menos como hoje é concebido, foi, igualmente, estranho ao direito medieval, onde se admitia largamente a analogia, mesmo nas codificações mais avançadas como a Ordenança Criminal de Carlos V, de 1532, o *Codex juris Bavarici criminalis* de 1751 e a *Constituto Criminalis Thereziana* de 1769¹⁰.

⁶ Frederico Marques aponta a data de 1186. John Gilissen e Edgard de Magalhães Noronha, todavia, referem-se ao ano de 1188. (GILISSEN, J. **Introdução histórica ao direito**. Tradução: A. M. Hespanha e L.M. Macaísta Malheiros. 2 ed, Lisboa : Fundação Caloute Gulbenkian, 1995, p. 424; NORONHA. E.M. **Direito penal**. 21 ed, São Paulo : Saraiva, 1982, p. 77).

⁷ MARQUES, J. F. **Curso de direito penal**. v.1, São Paulo : Saraiva, 1954, p. 130.

⁸ Idem, p. 132.

⁹ SCHMIDT, A. Z. **O princípio da legalidade penal no estado democrático de direito**. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2001, p. 137.

¹⁰ HUNGRIA, N. **Comentários ao código penal**. v. 1, t. 1, 3 ed., Rio de Janeiro : Forense, 1955, p. 29-30.

A origem do princípio vem, ainda, comumente atribuída à Magna Charta¹¹, imposta a João Sem Terra pelos barões ingleses em 1215, a qual em seu art. 39 dispunha que "nenhum homem livre será detido ou sujeito à prisão, ou privado dos seus bens, ou colocado fora da lei, ou exilado, ou de qualquer modo molestado e nós não procederemos nem mandaremos proceder contra ele senão mediante um julgamento regular pelos seus pares ou de harmonia com a lei do país"¹².

Em que pese a inegável importância histórica da Magna Charta, o fato de nela se fazer referência ao "homem livre" como o destinatário da garantia circunscreveria-a a poucos¹³. Da mesma forma, a menção à "lei do país", segundo opinião dominante, não seria suficiente para excluir a aplicação dos costumes¹⁴.

Além disto, a conjunção alternativa "ou", que vem antes da expressão "de harmonia com as leis do país", dá a entender que a previsão legal poderia ser substituída pelo "julgamento regular pelos seus pares"¹⁵.

Desta forma, o conteúdo da Magna Charta pode ser mais seguramente associado ao antecedente histórico do sistema

¹¹ Assim o faz, por exemplo, TOLEDO, F. A. **Princípios básicos de direito penal**. 4 ed., São Paulo : Saraiva, 1991, p. 21.

¹² Conforme SCHMIDT, A. Z., Op. cit., p. 136.

¹³ Segundo João MESTIERI, "entendia-se por homem livre o nobre, na época o único que podia legitimamente reclamar direitos" (MESTIERI, J. **Teoria elementar do direito criminal**. Rio de Janeiro : Edição do Autor, 1990, p. 89.

¹⁴ BATISTA, N. Op. cit., p. 66.

¹⁵ MEZGER, E. **Derecho penal**. Tradução: Ricardo C. Núñez. Tijuana : Cardenas, 1985, p. 63; SCHMIDT, A. Z., Op. cit., p. 137.

processual penal acusatório¹⁶, do que propriamente do princípio da legalidade penal.

Embora não se reconheça nos documentos acima citados a origem histórica do princípio da legalidade penal, não se lhes pode negar a devida importância. Isto porque, fazem parte de uma progressiva série de disposições legais que, aos poucos, foram assegurando aos súditos dos detentores do poder absoluto diversas garantias¹⁷. Fazem parte, portanto, de um processo histórico no qual, mais tarde, o princípio da legalidade penal vem-se integrar.

Nesta linha, da maneira como hoje é entendido, o princípio da legalidade penal constitui-se numa conquista do pensamento iluminista liberal, em reação à arbitrariedade do Estado de Polícia¹⁸.

Giorgio MARINUCCI e Emilio DOLCINI sintetizam o contexto histórico no qual vicejou o iluminismo penal:

Fino a due secoli fa - dunque, non soltanto nel medioevo, ma ancora ai tempi di Beccaria - il catalogo delle pene era un insieme di incredibili atrocità : annoverava fra l'altro la pena di morte, da eseguirsi con modalità diverse, ma sempre efferate (il condannato poteva essere squartato, arrotato, sepolto vivo, impalato, lasciato morire di fame, messo al rogo, immerso in acqua bollente, etc.); pene corporali (taglio della lingua, del naso, di un orecchio; strappo di denti; accecamento; marchiatura a fuoco; fustigazione, etc.); la galera o pena del remo (lavoro forzato ai remi delle navi); pene infamanti (berlina, gogna, colonna, etc.), la

¹⁶ COUTINHO, J. N. M. **O papel do novo juiz no processo penal**. In *Direito Alternativo* (Seminário nacional sobre o uso alternativo do direito), Rio de Janeiro : Instituto dos Advogados do Brasil, junho de 1993, p. 40.

¹⁷ GILISSEN, J. Op. cit, p. 424.

¹⁸ MANTOVANI, F. **Diritto penale**. Padova : CEDAM, 1979, p. 38.

confisca totale dei beni¹⁹.

O princípio da legalidade, portanto, surge contemporaneamente ao Estado Liberal, à partir das lutas da burguesia contra o exercício arbitrário do poder.

Nesse contexto, dois bens jurídicos, contra os quais o poder absoluto investia sem limites, passam a ser bens que precisam ser protegidos inclusive contra o Estado: a propriedade e a liberdade²⁰.

O princípio da legalidade se afirma, assim, como uma das formas de limitação ao poder estatal de avançar sobre a liberdade individual. Sabe-se, contudo, que inicialmente não estava em primeiro plano a proteção do cidadão contra a arbitrariedade estatal, mas dar aos déspotas esclarecidos a possibilidade de impor sua vontade de modo mais amplo possível frente aos juízes, sendo que, para tanto, eram necessárias regulamentações através de leis rígidas e exatas. Isto, todavia, coincidiu com as idéias da ilustração tendentes à auto-limitação do poder estatal, as quais se impuseram

¹⁹ MARINUCCI, G. & DOLCINI, E. **Corso di diritto penale**. 2 ed., Milano : Giuffrè, 1999, p. 5-6. Tradução: "Até dois séculos atrás - logo, não somente no medievo, mas ainda ao tempo de Beccaria - o catálogo das penas era um conjunto de inacreditáveis atrocidades : enumeravam-se entre outras a pena de morte, a ser executada de diversas modalidades, mas sempre cruelmente (o condenado podia ser esquartejado, posto numa roda de suplícios, sepultado vivo, empalado, deixado a morrer de fome, jogado à fogueira, submerso na água fervente, etc.); penas corporais (corte da língua, do nariz, de uma orelha; arrancamento dos dentes; cegamento, marcação a fogo, açoitamentos, etc.); as galés ou pena de remo (trabalho forçado aos remos dos navios); penas infamantes (berlinda, coluna infamante, etc.), o confisco total de bens".

²⁰ NOVAIS, J.R. **Contributo para uma teoria do estado de direito - do estado de direito liberal ao estado social e democrático de direito**. Coimbra : Coimbra Editora, 1987, p. 101.

amplamente nas legislações posteriores²¹.

Assim, o princípio da legalidade penal aparece no *Bill of Rights*, em 1774; nas Constituições de Maryland e Virgínia, ambas de 1776; no Código Penal austríaco de José II, de 1778; na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789; na Constituição Francesa de 1791; e no Código Penal francês de 1810, difundindo-se amplamente²².

Todos esses textos tiveram influência, maior ou menor, de uma série de filósofos da ilustração, tais como Montesquieu, Grotius, Pufendorf, Vattel, Locke e, sobretudo Rousseau²³.

No específico âmbito do direito penal, a influência mais marcante foi, sem dúvida, a do contratualista Cesare BECCARIA, o qual em sua célebre obra *Dos delitos e das penas* (1764) difunde a idéia de que "apenas as leis podem indicar as penas de cada delito e que o direito de estabelecer leis penais não pode ser senão da pessoa do legislador, que representa toda a sociedade ligada por um contrato social"²⁴.

Posteriormente, Paul Johann Anselm von FEUERBACH (1775-1833) cunha uma função jurídico-penal para o princípio, através de sua teoria da coação psicológica da pena. Assim, a função da pena seria a de exercer uma coação psíquica na mente

²¹ ROXIN, C. **Derecho penal - parte general**. Tradução: Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz Y Garcia Conlledo, Javier de Vicente Remesal. Madrid : Civitas, 1997, p. 142.

²² FRAGOSO, H. C. Op. cit., p. 91.

²³ GILISSEN, J. Op. cit., p. 425.

²⁴ BECCARIA, C. **Dos delitos e das penas**. Tradução: Torrieri Guimarães, São Paulo : Hemus, s/d, p. 15-16.

do autor para que se abstinhasse de cometer o delito²⁵. Desta forma, "a punição de determinado fato tem como pressuposto a anterioridade de sua incriminação e correspondente cominação penal, no texto da *lei escrita* devidamente publicada"²⁶.

Deve-se a FEUERBACH, também, a disseminação do brocardo latino com o qual se costuma enunciar o princípio da legalidade ("nullum crimen nulla poena sine lege")²⁷, bem como é mérito seu "aver messo in luce alcuni essenziali contenuti del principio di legalità: dal divieto di analogia all'esigenza di precisione del linguaggio legislativo penale e all'esigenza che i fatti vietati siano empiricamente verificabili e suscettibili di essere provati nel processo"²⁸.

No Brasil, o princípio da legalidade aparece previsto em todas as constituições e códigos penais após a Independência em 1822.

Atualmente, além da previsão no art. 5º XXXIX, da Constituição da República, o art. 1º, do Código Penal, também o enuncia.

²⁵ ROXIN, C. Op. cit., p. 90.

²⁶ HUNGRIA, N. Op. cit., p. 35.

²⁷ Na verdade, da obra de FEUERBACH consta as fórmulas "nulla poena sine lege" e "nullum crimen sine poena legali". É da composição dessas duas fórmulas que surge a famosa "nullum crimen nulla poena sine lege", a qual se afirmou no tempo. (BATISTA, N. Op. cit., p. 66; MARINUCCI, G. & DOLCINI, E., Op. cit., p. 19; HUNGRIA, N. Op. cit., p. 35-37).

²⁸ MARINUCCI, G. & DOLCINI, E. Op. cit., p. 19. Tradução: "haver posto luzes sobre alguns conteúdos essenciais do princípio da legalidade: da proibição da analogia à exigência de precisão na linguagem legislativa penal e à exigência que os fatos vedados sejam empiricamente verificáveis e suscetíveis de serem provados no processo".

2.1.2 Princípio da Legalidade e seus corolários

Sendo o princípio da legalidade penal o mais importante limite imposto ao poder punitivo estatal num Estado Democrático de Direito, sua formulação genérica conduz à impossibilidade de que o Estado intervenha penalmente para além daquilo que a lei permite²⁹.

Entretanto, dizer que somente através da lei o Estado pode definir crimes e cominar penas pode não ser suficiente. Afinal, não são poucos os exemplos históricos de amesquinhamento do princípio da legalidade através de expedientes que, embora não o eliminassem expressamente, transformaram-no em mera garantia formal, sem qualquer efetividade³⁰.

Tenha-se, por exemplo, o que foi disposto no Código Penal Russo de 1926³¹ e na Lei alemã sobre Analogia, de 1935³².

Nessa medida, para a garantia da efetividade do princípio da legalidade, sua evolução se fez através da

²⁹ CONDE, F. M. & ARÁN, M. G. **Derecho penal**. 2 ed, Valencia : Tirant lo blanch, 1996, p. 99.

³⁰ Idem, p. 100.

³¹ "Art. 6º - Toda vez que uma ação socialmente perigosa não esteja expressamente prevista pelo presente Código, o fundamento e os limites da relativa responsabilidade inferem-se dos artigos do Código que contemplam os delitos de índole mais análoga". (MAXIMILIANO, C. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 12 ed., Rio de Janeiro : Forense, 1992, p. 321).

³² "§ 2º - É punido quem comete um fato que a lei declara punível, ou que mereça pena segundo o conceito fundamental de uma lei penal e segundo o sentimento são do povo. Toda vez que uma determinada lei penal não encontre imediata aplicação ao fato, este será punido com base na lei cujo conceito fundamental ao mesmo se adapte melhor" (Id. Ibidem).

agregação de quatro adjetivos à fórmula latina de FEUERBACH, os quais, a ela agregados, delimitam os corolários do princípio.

Assim, proclama-se a vigência do princípio da tipicidade através da formulação "nullum crimen nulla poena sine lege certa"; do princípio da proscrição da incriminação por analogia através da formulação "nullum crimen nulla poena sine lege stricta"; do princípio da proscrição da incriminação pelos costumes, através da fórmula "nullum crimen nulla poena sine lege scripta"; e do princípio da anterioridade através da dicção "nullum crimen nulla poena sine lege praevia".

A compreensão do princípio da legalidade, portanto, somente se faz possível com a compreensão de seus corolários, ganhado um Estado de Direito o apanágio de poder ser Democrático.

2.1.2.1 Princípio da tipicidade

A expressão tipicidade tem origem na expressão tipo, que significa descrição objetiva e material da conduta proibida³³.

Pelo princípio da tipicidade, tem-se que a lei, ao prever uma determinada conduta como criminosa, deve defini-la, ou seja, deverá descrevê-la (o tipo) de forma minuciosa, de

³³ WELZEL, H. **Derecho penal aleman**. Tradução: Juan Bustos Ramírez e Sergio Yáñez Pérez. 4 ed, Santiago : Editorial Jurídica do Chile, 1993, p. 58.

forma que elimine, tanto quanto possível, dúvidas a respeito de se uma determinada conduta se enquadra ou não no modelo legal de crime.

O princípio da tipicidade é uma decorrência lógica do princípio da legalidade. Afinal, este último restaria completamente esvaziado se fosse possível ao legislador, ao invés de descrever de forma clara e objetiva quais condutas quer ver evitadas no meio social, substituir os tipos previstos por uma formulação genérica correspondente a um conceito material de crime³⁴.

Assim, "o tipo formal deve ser certo, claro, o mais possível objetivamente descritivo, infenso a valorações consuetudinárias ou sociais"³⁵.

Não bastasse ser uma decorrência lógica, a Constituição da República deixa claro não ser suficiente a existência meramente formal de lei, sendo necessário que a lei "defina" o crime, quando, no inciso XXXIX, do seu artigo 5º, dispõe que "não há crime sem lei anterior que o **defina** ..."³⁶.

Tal preceito, como ressaltado por Nilo BATISTA, confere ao cidadão "...um direito subjetivo público de conhecer o crime, correlacionando-o a um dever do Congresso Nacional de legislar a matéria criminal sem contornos semânticos

³⁴ Exemplo de conceito material de crime: "... o crime é um desvalor social, ou seja, uma ação ou omissão que se proíbe e se procura evitar, ameaçando-a com pena, porque constitui ofensa (dano ou perigo) a um bem, ou valor da vida social." (FRAGOSO. H. C. op. cit., p. 144).

³⁵ MACHADO, L. A. **Direito criminal**. São Paulo : RT, 1987, p. 96

³⁶ Não há grifos no original.

difusos”³⁷.

Por outro lado, a exigência de determinação legal da conduta incriminada advém da indelegabilidade da competência legislativa penal³⁸.

Com efeito, a única hipótese de delegação admissível, no âmbito da competência constitucional para legislar sobre matéria penal, está prevista no art. 22, parágrafo único, da Constituição da República, o qual admite que lei complementar federal autorize os Estados a legislar sobre questões específicas das matérias ali relacionadas, dentre elas a do direito penal³⁹.

No mais, prevalece a indelegabilidade da competência atribuída pela Constituição ao Poder Legislativo de definir crimes e cominar penas. A esse respeito, no que diz com a edição de leis delegadas por parte do Poder Executivo, a Constituição é taxativa no seu art. 68, § 1º, inciso II, em não admitir a delegação de legislação sobre direitos individuais⁴⁰.

Ora, quando o legislador descreve uma conduta com um alto grau de indeterminação está, obliquamente, delegando ao

³⁷ BATISTA, N. Op. cit., p. 80.

³⁸ Pela mesma razão já não era possível, antes mesmo da Emenda Constitucional nº 32/2001, a adoção de Medidas Provisórias que dispusessem de forma a ampliar o poder punitivo estatal. A atual redação do art. 62, § 1º, I, “b”, da CR, afortunadamente, não deixa margem a dúvidas: “§ 1º É vedada a edição de medidas provisórias sobre matéria: I - relativa a: (...)b) direito penal, processual penal e processual civil”.

³⁹ Sobre os inconvenientes dessa previsão, SCHMIDT, A. Z., Op. cit., p. 148.

⁴⁰ Sempre que se legisla sobre direito penal, legisla-se sobre a liberdade.

juiz uma competência que é sua, qual seja, a de definir crimes e cominar penas.

Assim, a exigência de determinação das condutas tipificadas decorre, igualmente, da indelegabilidade das competências constitucionais.

Não se pode olvidar, entretanto, que "el legislador penal no puede pretender recoger absolutamente todos los matices con que se expresa la realidad y debe acudir frecuentemente a términos amplios que deben ser concretados por los jueces en su función interpretativa de las normas, porque es imposible que la ley enumere todas las posibles formas de aparición de una situación"⁴¹.

Diante disso, o princípio da legalidade não impede que o legislador penal se valha de elementos normativos⁴² na definição dos tipos, ainda que essa prática enfraqueça a função de garantia deles⁴³.

Nesse aspecto, são esclarecedoras as observações de Eugenio Raúl ZAFFARONI quando afirma que

En cualquier sistema jurídico civilizado del mundo

⁴¹ CONDE, F. M. & ARÁN, M. G. Op. cit., p. 107. Tradução: "o legislador penal não pode pretender acolher absolutamente todos os matizes com os quais se expressa a realidade e deve socorrer-se freqüentemente de termos amplos que devem ser concretizados pelos juízes em sua função interpretativa das normas, porque é impossível que a lei enumere todas as possíveis formas de aparição de uma situação".

⁴² Segundo Johannes WESSELS, os elementos normativos do tipo são aqueles "que, nas circunstâncias do fato, só podem ser pesados sob o lógico pressuposto de uma norma e determinados pelo juiz por via de um juízo de valor supletivo". (WESSELS, J. **Direito penal**. Tradução: Juarez Tavares. Porto Alegre : Sergio Antonio Fabris, 1976, p. 33).

⁴³ FRAGOSO, H. C. Op. cit, p. 96

contemporâneo os tipos são legais, es decir, que es el legislador el único que puede crear, suprimir y modificar los tipos penales. Este es el sistema de tipos *legales*, dal que, naturalmente, participa nuestro orden jurídico.

En otros sistemas, en que se reconoce la analogía, es el Juez el que está facultado para crear los tipos penales. (...) Estos son los llamados sistemas de *tipos judiciales*, que ya prácticamente no existen en el mundo.

Cabe precisar que los sistemas mencionados son de carácter "ideal", porque en la realidad, ningún sistema es absolutamente de tipos legales - puesto que requeriría un casuismo que siempre es insuficiente - y tampoco ninguno fue totalmente de tipos judiciales (nunca hubo una ley penal que dijese "el Juez puede declarar delito lo que le parezca"). En la realidad de las legislaciones positivas hay sistemas que persiguen el ideal de los tipos legales, en procura del mayor grado de certeza de lo prohibido que las técnicas legales permitan, y sistemas que se alejan de este ideal⁴⁴.

Sendo assim, não há como se exigir do legislador que use sempre signos absolutamente precisos, que suprimam do juiz toda e qualquer margem de apreciação subjetiva, até porque isso seria impossível.

O ideal, de fato, seria a construção de tipos penais com elementos apenas descritivos. Isto, todavia, retiraria do

⁴⁴ ZAFFARONI, E. R. **Manual de derecho penal**. 6 ed, Buenos Aires : Ediar, 1991, p. 374. Tradução: Em qualquer sistema jurídico civilizado do mundo contemporâneo, os tipos são legais, isto é, somente o legislador pode criar, suprimir e modificar os tipos penais. Este é o sistema de *tipos legais*, do qual, naturalmente participa nossa ordem jurídica. Em outros sistemas, em que se admite a analogia, é o juiz que está facultado para criar os tipos penais. (...) Estes são os chamados sistemas de *tipos judiciais*, que praticamente já não existem no mundo. Convém esclarecer que os sistemas mencionados são de caráter 'ideal', porque na realidade nenhum sistema é absolutamente de tipos legais - visto que requereria um casuismo que sempre é insuficiente - e tampouco nenhum foi totalmente de tipo judiciais (nunca houve uma lei penal que dissesse 'o juiz pode declarar delito o que lhe pareça sê-lo'). Na realidade das legislações positivas, há sistemas que perseguem o ideal dos tipos legais, na procura do maior grau de certeza do proibido que as técnicas legais permitam, e sistemas que se distanciam desse ideal.

direito penal sua potencialidade de adequar-se às mutações sociais e tornaria praticamente impossível a construção de tipos penais⁴⁵.

A verificação da observância do princípio da tipicidade, portanto, somente pode ser levada a efeito tendo em consideração um determinado tipo. Não é possível estabelecer, *a priori*, com precisão, de que forma se atinge o ideal consagrado no princípio da tipicidade.

Assim, pode-se dizer que o legislador tem o dever de definir, da forma mais clara possível e da forma mais determinada possível, a conduta que proíbe sob a ameaça de uma sanção penal, sem delegar ao judiciário uma competência constitucional que lhe pertence.

Diante de um tipo em particular, verificado que o legislador assim não se comportou, porque era possível atingir um maior grau de precisão semântica sem que ficasse frustrada a finalidade perseguida pela tipificação, a conclusão deve ser pela sua inconstitucionalidade.

Tome-se, como exemplo, aquele manejado por Nilo BATISTA⁴⁶, sobre o delito de adultério, o qual vem descrito no art. 240, do CP ("Cometer adultério"), com a ocultação do núcleo do tipo.

Neste caso, o legislador apenas repetiu a rubrica do tipo (adultério) acompanhando-a do verbo cometer. Seria o mesmo que substituir o "matar alguém" por "cometer homicídio"

⁴⁵ SCHMIDT, A. Z. Op. cit., p. 243.

⁴⁶ BATISTA, N. Op. cit., p. 81.

ou, ainda, substituir o "subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel" por "cometer furto".

Teria sido possível ao legislador, sem frustrar os fins perseguidos pela incriminação, realizar uma definição precisa do que seria o adultério, razão pela qual se pode concluir por sua inconstitucionalidade.

2.1.2.2 Princípio da proscrição da incriminação pela analogia

Considera-se analogia "o procedimento pelo qual se atribui a um caso não-regulamentado a mesma disciplina que a um caso regulamentado *semelhante*"⁴⁷.

Assim, através da analogia busca-se aplicar a um caso, para o qual não haja previsão legal, uma regra prevista para a regulamentação de outra situação semelhante àquela em julgamento.

Para o direito em geral, a analogia constitui-se em importante técnica de colmatação de lacunas.

Assim, sabe-se que a inexistência de previsão legal de regra como parâmetro de decisão não pode conduzir à ausência de prestação da tutela jurisdicional por parte do Estado, o qual a isto se obrigou constitucionalmente⁴⁸. O Código de Processo Civil, a esse respeito, em seu art. 126, estabelece

⁴⁷ BOBBIO, N. **Teoria do ordenamento jurídico**. Tradução: Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos, 6 ed., Brasília : Editora UNB, 1995, p. 151.

⁴⁸ Art. 5º, XXXV, da CR: "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

que "o juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais do direito".

O Código de Processo Penal, da mesma forma, em relação ao ordenamento processual (frise-se!) penal, em seu art. 3º, prevê que "a lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito".

A solução, então, é socorrer-se, dentre outras técnicas de colmatção de lacunas, da analogia, expressamente prevista, também, no art. 4º, da Lei de Introdução ao Código Civil⁴⁹. Ou seja, deverá o juiz valer-se da regulamentação de uma situação semelhante àquela em julgamento.

Sobre o tema, são esclarecedoras as palavras de Lenio Luiz STRECK, para quem

A discussão a respeito da existência (ou não) de lacunas no Direito assume relevância, basicamente, em dois aspectos: em primeiro lugar, a discussão é importante para a própria dogmática jurídica, na medida em que a tese das lacunas serve como forte elemento norteador e, também, como sustentáculo ao Direito visto de maneira circular e controlado; em segundo lugar, serve, igualmente, como argumento desmi(s)tificador do próprio dogma baseado no modelo napoleônico, pois pode-se entender, sem dúvida, que, quando o juiz está autorizado/obrigado a julgar nos termos do art. 4º da LICC e 126 do CPC (isto é, deve sempre proferir uma decisão), isso significa que o ordenamento é, dinamicamente, coompletável, através de uma auto-referência

⁴⁹ Art. 4º - "Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito"

ao próprio sistema jurídico ⁵⁰.

Isto, contudo, não é válido para o direito penal. O direito penal, ao contrário do que ocorre em geral, é um sistema descontínuo de regulamentação de condutas⁵¹, o que significa que só se ocupa daquelas expressamente previstas na lei, não abrindo espaço para a atividade integradora.

Afinal, em decorrência do princípio da intervenção mínima, revelam-se duas características do direito penal, as quais repelem a atividade de colmatação de lacunas. São elas a fragmentariedade e subsidiariedade, em relação às quais Santiago MIR PUIG sintetiza:

El Derecho penal deja de ser necesario para proteger la Sociedad cuando esto puede conseguirse por otros medios, que serán preferibles en cuanto sean menos lesivos para los derechos individuales. Se trata de una exigencia de economía social coherente con la lógica del Estado social, que debe buscar el mayor bien social con el menor costo social. El principio de la <<máxima utilidad posible>> para las posibles víctimas debe combinarse con el de <<mínimo sufrimiento necesario>> para los delincuentes. Ello conduce a una fundamentación utilitarista del Derecho penal no tendente a la mayor prevención posible, sino al mínimo de prevención imprescindible. Entra en juego así el <<**principio de subsidiariedad**>>, según el cual el Derecho penal ha de ser la **ultima ratio**, el último recurso a utilizar a falta de otros menos lesivos. El llamado <<**carácter fragmentario del Derecho penal**>> constituye una exigencia relacionada con la anterior. Ambos postulados integran el llamado <<**principio de intervención mínima**>>⁵².

⁵⁰ STRECK, L. L. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*. 2 ed., Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2000, p. 90-91.

⁵¹ BATISTA, N. Op. cit., p. 86

⁵² MIR PUIG, S. *Derecho penal - parte geral*. 4ª ed, Barcelona : Reppertor, 1995, p. 89. Tradução: "O Direito penal deixa de ser necessário para proteger a Sociedade quando isto pode conseguir-se por outros meios, que serão preferíveis

Desta forma, porque o direito penal só se ocupa daquelas condutas para as quais sua intervenção mostrou-se necessária, pode-se concluir que suas lacunas são intencionais⁵³, razão pela qual não se pode colmatá-las pela analogia.

Assim, ou a conduta criminosa está prevista na lei, ou a lacuna deve permanecer íntegra, o que impõe ao aplicador do direito penal atitude passiva diante dela, ou seja, deve abster-se de integrá-la.

Assim, decorre logicamente do princípio da legalidade, que exige a expressa previsão legal, a impossibilidade de se punir alguém com base em lei que preveja como criminosa uma outra conduta, apenas semelhante, àquela praticada pelo agente.

Embora seja indiscutível a impossibilidade de se utilizar da analogia "in malam partem", ou seja, para de qualquer forma impor ao réu um tratamento mais grave do que aquele expressamente previsto na lei, a analogia "in bonam partem" é amplamente admitida.

Desta forma, admite-se a utilização da analogia, por exemplo, para estender causas de exclusão da antijuridicidade,

enquanto sejam menos lesivos para os direitos individuais. Trata-se de uma exigência de economia social coerente com o menor custo social. O princípio da 'máxima utilidade possível' para as possíveis vítimas deve combinar-se com o do 'mínimo sofrimento necessário' para os delinquentes. Isso conduz a uma fundamentação utilitarista do Direito penal não tendente à maior prevenção possível, senão ao mínimo de prevenção imprescindível. Entra em jogo aí, o 'princípio da subsidiariedade', segundo o qual o Direito penal há de ser a *ultima ratio*, o último recurso a utilizar a falta de outros menos lesivos. O chamado 'caráter fragmentário do Direito Penal' constitui uma exigência relacionada com a anterior. Ambos os postulados integram o chamado 'princípio da intervenção mínima' "

⁵³ MACHADO, L. A. Op. cit, p. 57

às hipóteses sem previsão expressa⁵⁴, para ampliar o rol de escusas absolutórias⁵⁵, bem como de atenuantes e causas de diminuição de pena.

A utilização da analogia "in bonam partem", ao contrário do que possa parecer, não se constitui em violação, ou mesmo em ameaça ao princípio da legalidade penal. Afinal, sua utilização, nesse sentido, só faz reafirmar a prevalência do direito à liberdade em oposição ao poder punitivo estatal, que é justamente o que visa assegurar o princípio da legalidade⁵⁶.

Por outro lado, não se deve confundir a analogia com a interpretação analógica. Esta última, ainda que possa conduzir a um resultado desfavorável ao réu, pode ser utilizada sem que se possa dizer que houve uma violação ao princípio da legalidade.

Na verdade, constitui-se a interpretação analógica em mais um dos métodos de determinação da regra aplicável, a partir dos textos normativos. Trata-se de um método que se vale de um raciocínio de semelhança para a determinação da regra.

⁵⁴ O art. 128, II, do Código Penal, estabelece não ser punível o aborto consentido praticado por médico quando a gravidez resulta de estupro. Admite-se a aplicação dessa regra, por analogia, às hipóteses de gravidez resultante de atentado violento ao pudor.

⁵⁵ O art. 181, I, do Código Penal, estabelece não ser punível o crime contra o patrimônio, não violento, praticado contra o cônjuge. Por analogia, admite-se a extensão dessa regra às relações de companheirismo. (Sobre o tema: PELUSO. V. T. P. **Escusa absolutória (art. 181, II, do CP): Aplicação analógica.** In Boletim do IBCCrim. Ano 10, n. 113 (Abril de 2002) Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. p. 3

⁵⁶ MARINUCCI, G. & DOLCINI, E. Op. cit., p. 123.

Na analogia, como referido acima, há a utilização de regras destinadas a regular situações semelhantes àquelas em julgamento.

Já na interpretação analógica - que outra coisa não é senão uma forma de interpretação sistemática⁵⁷ -, o que se busca, através de um raciocínio de semelhança, é definir uma regra a ser extraível de um texto. Ou seja, o raciocínio de semelhança faz parte do método de interpretação.

Assim, tome-se como exemplo o disposto no art. 121, § 2º, I, do Código Penal, o qual dispõe ser circunstância qualificadora do homicídio ter sido o crime cometido "mediante paga ou promessa de recompensa, ou por outro motivo torpe".

Na determinação do que seja um motivo torpe, o intérprete se utiliza de um raciocínio de semelhança em relação a outros dois exemplos de motivos torpes já explícitos no texto a ser interpretado.

Afinal, ao mesmo tempo em que a lei estabelece a paga e a promessa de recompensa como motivos torpes, determina que qualquer outro motivo torpe qualifique o homicídio.

O aplicador, então, se vê na posição de verificar se um motivo qualquer é, ou não, qualificável como torpe. Para isto, valer-se-á, dentre outros métodos, de um raciocínio de semelhança, tendo por base a paga ou a promessa de recompensa, já anteriormente definidos como motivos torpes. Ou seja, verificará se aquele motivo investigado é semelhante à paga ou à promessa de recompensa para concluir, em caso positivo, pela

⁵⁷ ORDEIG, E. G. *Concepto y método de la ciencia del derecho penal*. Madrid : Tecnos, 1999, p. 60 .

sua torpeza.

Esta última hipótese é fundamentalmente diversa da analogia, na medida em que se não trata daquilo que Norberto BOBBIO definiu como sendo "um procedimento mediante o qual se explica a assim chamada tendência de cada ordenamento jurídico a *expandir-se* além dos casos expressamente regulamentados"⁵⁸. Trata-se, isto sim, de buscar numa regra o sentido de outra, porque aquela é semelhante a essa.

Nada obstante a diferença entre uma e outra espécie, mesmo a interpretação analógica, para que não conduza a um resultado violador do princípio da legalidade, não pode afastar-se do "sentido literal possível do texto"⁵⁹.

2.1.2.3 Princípio da proscrição da incriminação pelos costumes

Outra decorrência lógica do princípio da legalidade penal consiste na afirmação segundo a qual não se admite o estabelecimento de crimes e penas mediante o costume ou mediante princípios gerais não escritos⁶⁰.

Reserva-se, desta forma, ao Poder Legislativo a competência para definir crimes e cominar penas.

Da mesma forma que faz com a analogia, a Lei de Introdução ao Código Civil, em seu artigo 4º, e o Código de

⁵⁸ BOBBIO, N. Op. cit., p. 151.

⁵⁹ ORDEIG, E. G. Op. cit., p. 65.

⁶⁰ CONDE, F. M. & ARÁN, M. G. Op. cit., p. 103.

Processo Civil em seu art. 126, incluem os costumes como uma das técnicas de colmatação de lacunas.

O costume, como se sabe, "é uma regra de comportamento entre pessoas, observada de facto preponderantemente durante um largo tempo, que é acatada com a consciência de com isso se estar a cumprir um mandado do Direito"⁶¹.

Difere do uso pela necessidade de que haja, ligada à conduta, além da sua prática constante e reiterada no meio social, a convicção de sua necessidade jurídica⁶². Essa consciência de sua necessidade jurídica, ausente no uso, é que o difere do costume.

Tal qual ocorre com a analogia, e pelas mesmas razões, decorre logicamente do princípio da legalidade a impossibilidade de se impor pena a alguém com base nos costumes. Isto esbarraria de forma insuperável na exigência de lei, constante do art. 5º, XXXIX, da Constituição da República.

Assim, por mais que em relação a uma determinada conduta haja a convicção social da necessidade de que ela seja sancionada penalmente, à míngua de previsão legal nesse sentido, ela continuará sendo um indiferente penal. A esse respeito, Andrei Zenkner SCHMIDT exemplifica com o furto de uso, o qual "apesar de desvalorado pela opinião geral e pelo ordenamento jurídico (ilícito civil), não é objeto de uma lei

⁶¹ LARENZ K. **Metodologia da ciência do direito**. Tradução : José Lamego. 2 ed., Lisboa : Fundação Calouste Gulbenkian, 1989, p. 429-430.

⁶² Id. Ibidem.

penal escrita"⁶³.

Isto não significa, entretanto, que qualquer intervenção dos costumes esteja proibida no direito penal.

Com efeito, o costume exerce importante papel no auxílio à atividade interpretativa. Afinal, alguns elementos de determinados tipos não podem ser compreendidos senão a partir de uma análise dos costumes vigentes em determinada época e em determinado lugar.

Pense-se no exemplo formulado por Giorgio MARINUCCI e Emilio DOLCINI quando lembram da diferença existente, para o efeito de configuração do crime de injúria na Itália, entre qualificar alguém de fascista nos anos trinta e no período pós-guerra⁶⁴.

Pode-se citar, ainda, o conceito de mulher honesta, elementar de uma série de tipos integrantes do Título VI, do Código Penal. Ou, também, o conceito de ato obsceno, elementar do tipo do art. 233⁶⁵, do Código Penal, que para ser estabelecido exige uma referência aos costumes.

Assim, não há como negar a importância do costume "enquanto princípio de interpretação que reinsere os tipos numa sociedade historicamente determinada"⁶⁶.

Negar essa última possibilidade significaria, em última análise, desconsiderar a natureza do homem enquanto ser

⁶³ SCHMIDT, A. Z., Op. cit., p. 200.

⁶⁴ MARINUCCI, G. & DOLCINI, E. Op. cit., p. 194.

⁶⁵ "Art. 233 - Praticar ato obsceno em lugar público, ou aberto ou exposto ao público: Pena - detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, ou multa".

⁶⁶ BATISTA, Nilo. Op. cit., p. 71.

inserto num dado meio social e, por isso, de certa forma condicionado por suas práticas.

2.1.2.4 Princípio da anterioridade

O princípio da legalidade, pressupõe, ainda, a anterioridade da lei penal. Isto significa que a lei que prevê determinada conduta como sendo criminosa deve estar vigente num momento anterior à sua prática.

Assim, embora haja quem sustente ser o princípio da anterioridade um princípio autônomo e distinto do princípio da legalidade⁶⁷, a verdade é que um e outro são indissociáveis⁶⁸.

Como efeito, se fosse possível conceber o princípio da legalidade dissociado da anterioridade da lei penal, aquele nada mais seria do que uma declaração de propósitos desprovida de qualquer efetividade.

De nada adiantaria a Constituição proclamar que ninguém pode ser obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei, se essa lei já não estivesse em vigor na época em que o crime foi praticado.

Por isso, quando tratou da legalidade penal, a

⁶⁷ Assim, por exemplo, Giorgio Mainucci e Emilio Dolcini sustentam que "il principio di legalità riguarda la materia delle fonti, mentre quello di irretroattività riguarda l'efficacia nel tempo della legge penale". (MARINUCCI, G. & DOLCINI, E. Op. cit., p. 11. Tradução: "o princípio da legalidade concerne à matéria das fontes enquanto o da irretroatividade concerne à eficácia no tempo da lei penal").

⁶⁸ CONDE, F. M. & ARÁN, M. G. Op. cit., p. 108.

Constituição, em seu art. 5º, XXXIX, estabeleceu que "não haverá crime sem lei **anterior** que o defina nem pena sem **prévia** cominação legal"⁶⁹, o que vem reforçado pelo disposto no art. 5º, XL, quando se estabelece que "a lei penal **não retroagirá**, salvo para beneficiar o réu"⁷⁰.

Assim, estabeleceu-se, de forma explícita, a necessidade de que a lei seja "anterior" à conduta tida por criminosa e que a pena tenha uma cominação "prévia".

Tem-se, portanto, que a vigência da lei penal deve ser contemporânea à prática do crime, proibindo-se, como regra geral, a retroatividade da norma penal.

O fundamento da irretroatividade da norma penal coincide com a própria razão histórica do princípio da legalidade⁷¹, qual seja, o de tutelar o cidadão em sua liberdade, impondo um limite ao poder punitivo estatal e evitando, assim, o seu abuso⁷².

Até porque, "impedir que se produzcan tales leyes *ad hoc*, hechas a la medida del caso concreto y que en sua mayoría son también inadecuadas en su contenido como consecuencia de las emociones del momento, es una exigencia irrenunciable del Estado del Derecho"⁷³.

⁶⁹ Não há grifos no original.

⁷⁰ Não há grifos no original.

⁷¹ BATISTA, N. Op. cit., p. 69.

⁷² MARINUCCI, G. & DOLCINI, E. Op. cit., p. 10.

⁷³ ROXIN, C. Op. cit., p. 161. Tradução: "impedir que se produzam tais leis *ad hoc*, feitas na medida do caso concreto e que em sua maioria são também

Assim, não se pode exigir de alguém que aja de acordo com a lei se não lhe era possível, no momento da ação, atingir a consciência de que sua ação estava proibida, pela simples razão de que ainda não estava⁷⁴.

A irretroatividade da norma penal, entretanto, não é absoluta. Restringe-se às hipóteses em que for prejudicial ao réu, se comparada com aquelas normas extraíveis da lei em vigor no momento em que o crime ocorreu.

Há, pois, uma exceção à regra da irretroatividade da norma penal. Trata-se da regra, igualmente contemplada no art. 5º XL, da Constituição da República, a qual determina sua retroatividade nas hipóteses em que for mais favorável, nos seguintes termos: "a lei penal não retroagirá **salvo para beneficiar o réu**"⁷⁵.

Tem-se, assim, as duas regras básicas de aplicação da norma penal no tempo, extraíveis da Constituição da República: a primeira, impeditiva da aplicação retroativa da norma penal nas hipóteses em que o poder punitivo do Estado for ampliado; a segunda, que impõe a aplicação retroativa da norma penal nas hipóteses de restrição do poder punitivo estatal.

2.2 APLICAÇÃO DA NORMA PENAL NO TEMPO. REGRA GERAL: "TEMPUS REGIT ACTUM"

inadequadas em seu conteúdo como consequência das emoções do momento, é uma exigência irrenunciável do Estado de Direito".

⁷⁴ ZAFFARONI, E. R. **Manual...** cit., p. 79.

⁷⁵ Não há grifos no original.

No âmbito da teoria geral do direito, em relação às questões que envolvem o direito intertemporal, costuma-se apontar como critério geral de solução, que rege eventuais conflitos de leis no tempo, a regra da irretroatividade das normas⁷⁶. Tal regra costuma vir designada pela fórmula latina *tempus regit actum*⁷⁷.

De acordo com essa regra, regulam um determinado fato jurídico as normas da lei vigente à época de sua ocorrência. Assim, por exemplo, um determinado contrato terá sua regulamentação pautada pelas normas da lei vigente à época de sua celebração e, em razão do disposto no art. 5º, XXXVI, da CR⁷⁸, as regras da lei posterior não poderão regular o que fora contratado lícitamente com base nas normas da lei vigente no momento da celebração do contrato.

Assim, embora haja exceções que não violam a Constituição⁷⁹, é regra geral da teoria geral do direito que os fatos jurídicos são regulados pelas normas decorrentes das leis em vigor na data em que eles ocorreram.

Para o direito penal, a regra geral é a mesma. Vale a regra geral do *tempus regit actum*, como decorrência do princípio da irretroatividade da norma penal mais grave.

⁷⁶ ASCENSÃO, J. O. Op. cit., p. 421.

⁷⁷ FRAGOSO, H. C. Op. cit., p. 99.

⁷⁸ "Art. 5º, XXXVI, da CR: "a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada".

⁷⁹ Por exemplo, as hipóteses previstas no art. 106, II, do Código Tributário Nacional.

Não obstante, apontar a regra do *tempus regit actum* como sendo a regra básica da aplicação das normas penais no tempo, demanda uma explicação adicional, para que se evitem confusões.

Em outras palavras, é preciso deixar claro a que *actus* se está a referir quando se diz que a regra geral é a do *tempus regit actum*.

Isto porque, não é incomum encontrar a afirmação de que a norma penal mais benéfica, veiculada em lei posterior à prática do crime é retroativa, bem como a afirmação de que a norma penal benéfica, extraível de lei vigente à época do crime, quando posteriormente sucedida por outra, portadora de regras mais graves, é ultra-ativa.

Assim o faz, por exemplo, Francisco de Assis TOLEDO quando diz que "nos termos do art. 5º, XL, da Constituição, a lei mais benigna prevalecerá sempre, em favor do agente, quer seja a anterior (*ultra-atividade*) ou a posterior (*retro-atividade*)⁸⁰.

Entretanto, fazer referência à retroatividade e à ultra-atividade da norma penal benéfica só é possível considerando-se, num primeiro momento, como *actus*, a prática do crime e, num segundo momento, como *actus*, o ato de sentenciar.

Desta forma, a fim de evitar confusões, é importante deixar expresso, em adesão às palavras de Eugenio Raúl ZAFFARONI que, "nos atenemos a la correlación del principio de irretroactividad de la ley penal com el principio *tempus regit*

⁸⁰ TOLEDO, F. A. Op. cit., p. 35.

actum, entendido el primero como la formulación penal del segundo, y entendiendo por *actus* al delito mismo (y no al *actus* de la sentencia o de la ejecución penal), el planteo se aclara, porque la única extra-actividad de la ley penal és la retroactividad en el supuesto general de ley más benigna. Desde este punto de vista no hay ultra-actividad alguna"⁸¹.

Assim, feitos os esclarecimentos necessários, para o direito penal, assim como ocorre ordinariamente para o direito como um todo, a regra geral de aplicação da norma penal no tempo é a do *tempus regit actum*, entendendo-se por *actus* o crime.

Dizer isto significa afirmar, como regra geral, a regra da irretroatividade da norma penal.

Trata-se, como já se deixou antever, de uma decorrência lógica do princípio da legalidade.

2.3 EXCEÇÃO A REGRA DO "TEMPUS REGIT ACTUM" : RETROATIVIDADE BENÉFICA DA NORMA PENAL.

2.3.1 Fundamentos

⁸¹ ZAFFARONI. E. R. **Tratado de derecho penal**. v 1 Buenos Aires : Ediar, 1987, p. 461. Tradução do texto: "ater-nos-emos à correlação do princípio da irretroatividade da lei penal com o princípio *tempus regit actum*, entendido o primeiro como a formulação penal do segundo, e entendendo por *actus* o delito mesmo (e não o *actus* da sentença o da execução penal), o problema se aclara, porque a única extra-atividade da lei penal é a retroatividade na hipótese geral da lei mais benigna. Desde este ponto de vista não há ultra-atividade alguma".

A lei penal vigente em um determinado momento histórico é sempre fruto de uma concepção sobre a necessidade de se proteger determinados bens jurídicos visando prevenir condutas (des)valoradas a eles atentatórias.

Essa concepção é sempre historicamente determinada, razão pela qual há a exigência de que o direito penal "expresse en cada momento histórico el orden de valores existentes en una sociedad determinada que las normas evolucionen y sean sustituidas al compás de los cambios valorativos operados en el seno social"⁸².

Como visto, a proibição de retroatividade da norma penal se assenta na tutela da liberdade do cidadão contra o abuso do poder punitivo estatal.

Sendo assim, a irretroatividade da norma penal, como ressaltam Reinhart MAURACH e Heinz ZIPF,

"encuentra su límite allí donde la *ratio* de la irretroactividad, a saber, la protección del autor frente a penas que lo *arrollan*, se trueque en lo opuesto. Toda reforma legal constituye la seña de un vuelco valorativo, mediante el decaimiento o la atenuación de la conminación de pena, el legislador da a conocer que ha revisado su hasta entonces más estricta concepción, para reemplazarla por otra menos severa. Si también en estos casos se quisiera insistir en la vigencia de la prohibición de retroactividad, ello significaría que el autor debería ser condenado, según una concepción jurídica que el próprio legislador ya no sustenta. Con el fin de prevenir esta violación de la justicia material, se ha previsto la retroactividad obligatoria de la ley más

⁸² CONDE, F. M. & ARÁN, M. G., Op. cit., p. 143. Tradução: "expresse em cada momento histórico a ordem de valores existentes em uma sociedade determinada que as normas evoluam e sejam substituídas no compasso das mudanças valorativas operadas no seio social".

favorable”⁸³.

Nessa linha, a retroatividade benéfica da norma penal só reforça a *ratio* da irretroatividade da norma mais grave, qual seja, a tutela da liberdade.

Ademais, um Estado Democrático de Direito só se permite avançar sobre a liberdade do cidadão nas hipóteses estritamente necessárias para a tutela de bens jurídicos tidos por importantes⁸⁴.

Mas, a tutela de bens jurídicos, por si só, embora seja indispensável, não basta.

Afinal, o “tipo de fato é o resultado da valoração negativa efetuada político-criminalmente pelo legislador criminal. Traz em si (ínsito, portanto) o desvalor político-criminal pré-jurídico, ao tempo em que representa o desvalor normativo (jurídico, legislação positiva)”⁸⁵.

Assim, embora o Estado só esteja legitimado a intervir na liberdade dos cidadãos para tutelar bens jurídicos importantes, não é toda a conduta violadora de bens jurídicos

⁸³ MAURACH, R. & ZIPF, H. **Derecho penal**. Tradução: Boffil Genzsch e Enrique Aimone Gibosn, Buenos Aires : Editorial Astrea, 1994, p. 200-201. Tradução: “encontra seu limite ali onde a *ratio* da irretroatividade, a saber, a proteção do autor frente a penas que o *arrebaten*, se modifique no oposto. Toda reforma legal constitui o sinal de uma queda valorativa, mediante a exclusão ou a atenuação da cominação de pena, o legislador dá a conhecer que revisou sua, até então, mais restrita concepção, para substituí-la por outra menos severa. Também, se nesses casos se quiser insistir na vigência da proibição de retroatividade, isso significaria que o autor deveria ser condenado, segundo uma concepção jurídica que o próprio legislador já não sustenta. Com o fim de prevenir esta violação da justiça material, previu-se a retroatividade obrigatória da lei mais favorável”.

⁸⁴ RAMÍREZ, J. J. B. & MALARÉE, H. H. **Lecciones de derecho penal**. v. 1, Madrid : Editorial Trotta, 1997, p. 61.

⁸⁵ MACHADO, L. A. Op. cit. p., 17.

importantes que pode ser objeto de tipificação.

Imagine-se uma hipótese de inadimplemento, puro e simples, de uma dívida oriunda de um contrato que versasse sobre altas somas pecuniárias. Neste caso, ter-se-ia uma intensa violação ao bem jurídico patrimônio de um dos contratantes, mas não se teria uma conduta que se traduzisse num desvalor suficiente para a tipificação.

Em comparação, imagine-se um furto de uma quantia, não tão alta quanto a do exemplo acima, mas não tão baixa a ponto de configurar-se a aplicação do princípio da insignificância.

Em ambos os casos há a violação de um bem jurídico digno de tutela. A violação, no primeiro caso é mais intensa do que no segundo caso. Todavia, somente na segunda hipótese há um desvalor que legitima a tipificação.

Portanto, um direito penal democrático assenta a legitimação de sua intervenção na liberdade individual em dois pilares: a tutela de bens jurídicos e o desvalor da conduta.

Não se pode deixar que um prevaleça sobre o outro, nem que apenas um deles seja levado em consideração, nem que deixe de haver equilíbrio entre um e outro.

Sempre que se intensifica a observância a um ou outro aspecto o direito penal tende ao totalitarismo.

Afinal, um direito penal preocupado apenas com a proteção de bens jurídicos tende a ser autoritário, porque tende a ser um direito penal de responsabilidade objetiva.

Ora, se o objetivo é tão-só proteger bens jurídicos a tendência é que se negligencie o aspecto subjetivo da conduta,

intensificando-se a abordagem na ocorrência do resultado⁸⁶.

Salo de CARVALHO, a esse respeito, aponta como efeitos do fenômeno de corrupção das bases do garantismo penal clássico, dentre outras, a seguinte ordem:

(a) na *esfera da teoria da norma penal e do delito*: lesão aos princípios da legalidade em sentido amplo (exaustiva utilização de leis penais em branco), da *legalidade em sentido estrito* (prevalência de tipos penais abertos), da *lesividade* (criminalização de autolesões e de delitos sem vítima) e da *culpabilidade* (criação de norma de perigo abstrato), acarretando gradual superposição da responsabilidade objetiva à subjetiva⁸⁷.

Por outro lado, um direito penal preocupado apenas com o desvalor ético-social da conduta, tende a ser um direito penal autoritário, por consistir-se num direito penal da obediência, próprio dos regimes fascistas⁸⁸.

Afinal, o "ideal de secularização delimita os rumos de incidência, restringindo e desqualificando qualquer tipo de

⁸⁶ Pode-se apontar como sintoma desta realidade, a falta de proporcionalidade entre as penas cominadas aos diversos crimes dolosos e culposos previstos na Lei nº 9.605/1998, que dispôs sobre os crimes contra o meio ambiente. Com efeito, o legislador, mais preocupado com a proteção ao bem jurídico, negligenciou o fato de que entre uma conduta dolosa e uma culposa o desvalor ético-social é muito mais distante do que a diferença da quantidade de penas cominadas para uma e outra hipótese. Tribunais coerentes com a Constituição da República declararíamos a inconstitucionalidade de tais regras.

⁸⁷ CARVALHO, S. *Da legalidade estrita à legalidade substancializada: o garantismo penal e a (re)afirmação do homem como valor*. Prefácio à obra *O princípio da legalidade penal no estado democrático de direito* de SCHMIDT, A. Z. Op. cit.

⁸⁸ A esse respeito, Juarez Cirino dos SANTOS, ao tratar da teoria subjetiva da tentativa inidônea, tece considerações que vêm a calhar: "o problema das teorias subjetivas é uma tendência de mudança de sinal, do Direito Penal do *tipo*, comprometido com a proteção do *bem jurídico*, para o Direito Penal do *autor*, comprometido com o *dever de fidelidade jurídica*, característico do autoritarismo fascista". (SANTOS, J. C. *Teoria do crime*. São Paulo : Acadêmica, 1992, p. 84).

criminalização refutadas apenas na seara moral”⁸⁹.

Assim, um direito penal democrático tem de se manter no equilíbrio entre a proteção ao bem jurídico e a atenção ao desvalor ético-social da conduta a ele violadora.

Diante desse quadro, quando entra em vigor uma lei penal que reduz o poder punitivo estatal, seja retirando uma conduta do rol das condutas criminosas, seja dispensando um tratamento mais benéfico, não há qualquer razão para que se mantenha o tratamento anteriormente dispensado à hipótese.

Afinal, como dito, um Estado Democrático de Direito não prevê crimes e penas para testar a obediência dos seus cidadãos, mas para proteger bens jurídicos de condutas (des)valoradas ético-socialmente a eles atentatórias.

2.3.2 Hipóteses: “Lex mitior” e “abolitio criminis”

As normas penais que, de qualquer forma, beneficiem o réu devem ser aplicadas aos fatos pretéritos, ainda que decididos por sentença transitada em julgado, segundo dispõe o art. 2º, parágrafo único, do Código Penal.

Tal preceito explicita aquele da parte final, do art. 5º, XL, da Constituição da República, que determina a retroatividade da norma penal benéfica.

Costuma-se denominar de “lex mitior”, a lei nova que traz regras mais favoráveis ao agente, se comparadas com as

⁸⁹ CARVALHO, S. **Pena e garantias - uma leitura do garantismo de Luigi Ferrajoli no Brasil**. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2001, p. 89.

decorrentes da lei em vigor anteriormente, seja qual for hipótese de disciplina mais benigna.

Nelson HUNGRIA, a esse respeito, enumera uma série de situações onde a maior benignidade pode ser aferida, dentre as quais pode-se citar:

- a) a pena cominada atualmente ao crime é mais branda, quanto à sua natureza, que a da lei anterior;
- b) a pena atual, embora da mesma natureza, é menos rigorosa quanto ao modo de execução;
- c) o *quantum* da pena *in abstracto* é reduzido ou, mantido esse *quantum*, o critério de sua medida *in concreto* é menos rígido que o da lei anterior;
- d) são reconhecidas *circunstâncias* que influem favoravelmente na gradação ou medida da pena (atenuantes, causas de especial diminuição de pena ou condições de menor punibilidade), alheias à lei anterior, ou suprime *agravantes* ou majorantes (qualificativas, causas de especial aumento de pena ou condições de maior punibilidade);
- e) institui *benefícios* (no sentido da eliminação, suspensão *ab initio* ou interrupção da execução da pena) desconhecidos da lei pretérita, ou facilita sua obtenção⁹⁰.

Qualquer enumeração, nada obstante, será meramente exemplificativa, tendo em vista os termos amplos do art. 2º, do Código Penal, que determina a retroatividade das normas penais "que de qualquer modo favorecer o agente".

Acima disto, porém, está a regra do art. 5º, XL, da Constituição da República, que não admitiria restrição infraconstitucional.

É por esta razão que se não pode vislumbrar violação ao

⁹⁰ HUNGRIA, N. Op. cit., p. 109.

princípio constitucional da coisa julgada (art. 5º, XXXVI, da CR) na determinação de que se apliquem aos casos já definitivamente julgados as normas mais benéficas, uma vez que a previsão de retroatividade das normas penais mais favoráveis decorre igualmente da Constituição⁹¹. Trata-se, à toda evidência, de regra especial.

Ademais, a coisa julgada, no processo penal, em se tratando de sentença condenatória é, no máximo, formal.

Dentre as hipóteses de norma penal favorável ao agente, o art. 2º, do Código Penal, prevê a figura da "abolitio criminis", estabelecendo que "ninguém pode ser punido por fato que lei posterior deixa de considerar crime, cessando em virtude dela a execução e os efeitos penais da sentença condenatória".

Trata-se, como se vê, a "abolitio criminis", de hipótese especial em que a "lex mitior" posterior deixa de considerar crime uma conduta que estava tipificada na lei revogada, o que impõe a retroatividade das normas da lei nova.

Há casos, todavia, em que a "abolitio criminis" se opera com a mera modificação da figura típica anteriormente vigente. Assim ocorre quando a lei posterior preveja elementos típicos inexistentes na lei anterior, reduzindo, assim, o seu âmbito de abrangência⁹².

Tal se dará, por exemplo, quando a lei posterior agregar um elemento subjetivo do tipo distinto do dolo ao tipo

⁹¹ BITENCOURT, **Manual de direito penal**. 6 ed. São Paulo : Saraiva, 2000, p. 108.

⁹² CARVALHO, A. T. Op. cit., p. 145.

anterior. Também nesta hipótese ocorrerá a "abolitio criminis".

Diversamente, se a figura típica for alterada, mediante seu alargamento - por exemplo, com a exclusão de um elemento subjetivo do tipo distinto do dolo -, a hipótese será de lei posterior mais grave, cujas normas serão irretroativas⁹³.

A consequência da "abolitio criminis" será a extinção da punibilidade, nos termos do art. 107, III, do Código Penal, com a exclusão de todos os efeitos penais decorrentes de eventual sentença condenatória, tais como exclusão do nome do réu do rol dos culpados, perda da primariedade, perda do direito ao voto, dentre outros.

⁹³ FIERRO, G. J. La ley penal y el derecho transitorio - retroactividad e irretroactividad. Buenos Aires : Depalma, 1978, p. 257.

3 PROBLEMAS MAIS COMUNS DA SUCESSÃO DE LEIS PENAIS

3.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O estudo da sucessão de leis, no âmbito da teoria geral do direito, por si só, já encerra uma série de problemas. Afinal, como lembrado por José de Oliveira ASCENSÃO, por detrás da simplicidade da afirmação segundo a qual a lei posterior revoga a lei anterior subsiste um mundo de dificuldades. Assim, arremata, apontando que "aqueles <<antes>> e <<depois>>, separados pelo momento do nascimento da nova lei, representam desde logo uma violência sobre a continuidade da vida social. Há sempre situações juridicamente relevantes que, tendo origem no passado, tendem a prolongar-se para o futuro: nem tudo terminou já, e nem tudo vai começar de novo. A essas situações, que lei se aplica? A antiga ou a nova?"⁹⁴.

No âmbito do direito penal, àqueles problemas somam-se outros decorrentes da disciplina própria de retroatividade benéfica e irretroatividade maléfica de suas normas.

Assim, antes de analisar o problema da sucessão de leis penais distintamente mais favoráveis, que constitui o principal objetivo do presente trabalho, necessário se faz revisar uma série de outras situações problemáticas comumente

⁹⁴ ASCENSÃO, J. O. *O direito - introdução e teoria geral : uma perspectiva luso-brasileira*. Lisboa : Fundação Calouste Gulbenkian, 1978, p. 417.

tratadas na doutrina, decorrentes da disciplina da aplicação da lei penal no tempo.

3.2 TEMPO DO CRIME

Como referido acima, em relação à sucessão de leis penais no tempo, vige a regra do *tempus regit actum*, segundo a qual se aplica, *a priori*, a norma penal decorrente da lei vigente no momento do crime, salvo se lei posterior trazer regras mais favoráveis.

Isto, entretanto, impõe a necessidade de se perquirir a respeito de qual seria a maneira de se identificar, num caso concreto, qual é o momento em que um determinado crime ocorre.

A questão revela-se importante não-só para a determinação de qual das leis que se sucedem será tomada como parâmetro, mas também, relativamente a diversos outros temas do direito penal, tais como a reincidência, ao início do prazo prescricional, determinação da imputabilidade ou não do autor do crime, dentre outros.

Diante da diversidade de temas para os quais a determinação do tempo do crime tem relevância, abriu-se discussão doutrinária sobre a possibilidade de se ter um critério único para defini-lo, ou, ao contrário, critérios distintos para cada tema⁹⁵.

Nesse contexto surgiram três critérios propostos para

⁹⁵ Sobre o tema: FIERRO, G. J. Op. cit., p. 213.

solucionar a questão. Um primeiro, sustentando que o momento do crime é aquele em que o resultado ocorre. Um segundo, sustentando que o crime deve ser considerado praticado no momento em que a conduta é realizada. Por fim, um terceiro, sustentando ser tanto o momento do resultado, quanto o da prática da conduta.

O critério misto é, à toda evidência, impertinente, uma vez que além de não solucionar o problema, ao contrário, agrava-o porque admite que um determinado crime tenha sido praticado indiferentemente sobre a vigência de duas leis⁹⁶.

Quanto ao critério do resultado, que leva em consideração o fato de que o momento da ocorrência do resultado é mais importante na medida em que é aí que ocorre a violação ao bem jurídico protegido pela lei penal, igualmente, apresenta diversos inconvenientes.

Primeiro, por não abarcar solução para os crimes de mera conduta, nos quais não é possível referir-se a um resultado previsto no tipo⁹⁷.

Ademais, a adoção da teoria do resultado poderia conduzir à frustração das razões pelas quais se proíbe a retroatividade da norma penal na medida em que, praticada a conduta, admitir-se-ia a aplicação ao caso concreto de normas incriminadoras (ou mais graves) veiculadas por lei que somente

⁹⁶ FIANDACA, G. & MUSCO, E. **Diritto penale**. Bologna : Zanichelli, s/d, p. 46.

⁹⁷ RANIERI, S. **Manuale di diritto penale**. Padova : CEDAM, 1968, p. 70.

após a conduta teria entrado em vigor⁹⁸.

Além disso, o princípio da culpabilidade restaria vulnerado, tendo em vista que esta é aferida no momento em que a conduta é praticada.

Assim, andou bem o legislador penal quando, com a reforma de 1984, fez inscrever, expressamente, a teoria da atividade no artigo 4º, do CP, ao estabelecer: "considera-se praticado o crime no momento da ação ou omissão, ainda que outro seja o momento do resultado"⁹⁹.

A adoção da teoria da atividade, entretanto, traz algumas importantes implicações, algumas delas problemáticas.

Assim, no âmbito da autoria mediata, o autor mediato comete o delito no momento em que induz, coage ou ordena o terceiro instrumento à prática do crime¹⁰⁰.

A respeito da participação, o "tiempo de comisión de la participación, más estrechamente que en el caso del delito a distancia, está determinado temporalmente sólo conforme a la actuación volitiva del partícipe (p. ej., inducción) y no según el momento de la acción principal. Por ello, para cada partícipe debe comprobarse en forma separada el momento de comisión"¹⁰¹.

⁹⁸ CARVALHO, A. T. **Sucessão de leis penais**. Coimbra : Coimbra Editora, 1990, p. 56.

⁹⁹ No que diz com a contagem do prazo prescricional foram adotadas regras especiais no art. 112, do Código Penal.

¹⁰⁰ BACIGALUPO, E. **Principios de derecho penal**. 4 ed., Madrid : Akal, 1997, p. 122.

¹⁰¹ MAURACH, R. & ZIPF, H. Op. cit., p. 200. Tradução: "o tempo de comissão da participação, mais estritamente que no caso do delito à distância, está

Ademais, a adoção da teoria da atividade impõe, ainda, uma análise mais detida a respeito dos crimes permanentes, habituais, plurissubsistentes e continuados.

3.2.1 Crimes permanentes, habituais e plurissubsistentes

O crime permanente é aquele cuja ação delituosa se protraí no tempo¹⁰².

Ao contrário do que ocorre com os crimes instantâneos, nos quais o momento consumativo ocorre num só instante¹⁰³, nos crimes permanentes a ação delituosa e o momento consumativo se desenvolvem num período.

Pode-se citar como exemplo de crime permanente o crime de seqüestro e cárcere privado previsto no art. 148, do Código Penal¹⁰⁴.

Tendo em vista que se adotou, no art. 4º, do Código Penal, a teoria da atividade para o fim de se determinar o tempo do crime, nos crimes permanentes, "o momento da ação" é todo o período de duração da conduta.

determinado temporalmente só conforme a atuação volitiva do partícipe (p.ex., indução) e não segundo o momento da ação principal. Por isso, para cada partícipe deve comprovar-se de forma separada o momento da comissão".

¹⁰² FRAGOSO, Op. cit., p. 406.

¹⁰³ DOTTI, R. A. **Curso de direito penal**. Rio de Janeiro : Forense, 2002, p. 376.

¹⁰⁴ Art. 148. Privar alguém de sua liberdade, mediante seqüestro ou cárcere privado: Pena - reclusão de 1(um) a 3 (três) anos.

Assim, tome-se o exemplo acima mencionado do art. 148, do CP. O tempo do crime, aí, é todo o período em que a vítima fica privada de sua liberdade em razão da ação do autor.

Desta forma, surge a questão de a conduta iniciar-se na vigência de uma lei e cessar na vigência de outra.

Esta questão, aliás, não está exclusivamente afeta aos crimes permanentes. Mesmo em alguns crimes instantâneos - do qual o homicídio é um exemplo -, uma única conduta pode ser fruto de vários atos.

O agente que resolve matar a vítima com pequenas, sucessivas e diárias doses de veneno em sua comida está a praticar uma única conduta com vários atos.

Neste caso, tem-se um crime instantâneo, mas plurissubsistente.

O mesmo se diga em relação aos crimes habituais, os quais exigem para sua configuração uma prática reiterada de uma ação, a qual, singularmente considerada é atípica ou constitui delito diverso¹⁰⁵. Exemplo clássico é o crime de casa de prostituição, previsto no art. 229, do Código Penal¹⁰⁶.

Tanto no caso dos crimes permanentes, quanto no caso dos crimes plurissubsistentes e no dos crimes habituais, pode acontecer de a conduta iniciar-se na vigência de uma lei e terminar na vigência de outra.

¹⁰⁵ MESTIERI, J. Op. cit, p. 303.

¹⁰⁶ Art. 299. Manter, por conta própria ou de terceiro, casa de prostituição ou lugar destinado a encontros para fim libidinoso, haja, ou não, intuito de lucro ou mediação direta do proprietário ou gerente: Pena - reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.

Quando da lei posterior forem extraíveis normas mais favoráveis do aquelas da lei anterior a solução se apresenta fácil. Afinal, as normas posteriores serão aplicadas retroativamente e abarcarão todo o período em questão.

A questão mostra-se mais complicada quando no início da conduta vigia uma lei da qual se extraía normas mais favoráveis do que as extraíveis da lei posterior.

A esse respeito a doutrina, quase que à unanimidade, propõe a aplicação ao caso concreto das normas da lei nova, ainda que mais graves.

Não obstante, há vozes discordantes. Assim, por exemplo, Enrique CURY URZÚA sustenta que, para esses crimes, "todos compuestos por una pluralidad de actos vinculados en *unidad jurídica*, debe aplicarse, por eso, la ley más favorable entre las que hayan estado vigentes durante la realización de la serie"¹⁰⁷.

Como se vê, leva-se em consideração a unidade jurídica dessas modalidades delitivas para se sustentar a aplicabilidade da lei que traga as normas mais favoráveis, uma vez que, sendo único o crime e tendo sido praticado na vigência de mais de uma lei, deve prevalecer a que mais beneficiar o réu.

A esse respeito, todavia, a razão parece estar com

¹⁰⁷ CURY URZÚA, E. Op. cit., p. 217. Tradução: "Todos compostos por uma pluralidade de atos vinculados por uma *unidad jurídica*, deve aplicar-se, por isso, a lei mais favorável entre as que tenham estado vigentes durante a realização da série. Entre nós, no mesmo sentido: VARGAS J.C. **Instituições de direito penal**. Belo Horizonte : Del Rey, 1997, p. 110-113

Manuel Cavalleiro de FERREIRA quando pondera:

Poder-se-ia dizer que quando o comportamento criminoso se protela no tempo se deve aplicar de entre as leis em vigor durante esse tempo a que for mais favorável ao criminoso. Isso seria porém confundir dois problemas diferentes. Uma coisa é discutir qual é a lei mais favorável, de entre as várias leis publicadas durante um certo período, e outra coisa é determinar o começo desse período, o momento da perpetração do facto¹⁰⁸.

A questão, portanto, diz respeito à delimitação do tempo do crime, razão pela qual não se pode, pura e simplesmente, optar pela lei que prevê regras mais favoráveis, ignorando-se a necessidade de se definir, para esses crimes, o momento em que ocorreram.

Assim, não há qualquer razão para a aplicação das normas mais benéficas da lei antiga, ainda que a conduta tivesse se iniciado na vigência daquela lei, se esta foi praticada na vigência da lei nova.

Roberto LYRA FILHO e Luiz Vicente CERNICCHIARO, ao adotarem a tese aqui defendida, justificam-na explicando que "nisso não vai nenhuma ofensa ao princípio da ultra-atividade benéfica porque a atividade delituosa foi cometida (tendo em vista a repetição das ações, no crime continuado, e a pluralidade de atos, na ação do crime permanente) também durante a vigência da segunda lei, em cujo período, o agente reedita a vontade de transgredir a norma vigente"¹⁰⁹.

¹⁰⁸ FERREIRA, M. C. **Direito penal português**. 2 ed., Lisboa : Editorial Verbo, 1982, p. 123.

¹⁰⁹ LYRA FILHO, R. & CERNICCHIARO, L. V. **Compêndio de direito penal**. São Paulo : José Bushatsky, 1973, p. 47-48.

Assim, com a aplicação da lei nova se preserva a norma constitucional que exige a anterioridade da lei penal, bem como não se viola a regra da retroatividade benéfica.

Poder-se-ia, é verdade, objetar - principalmente nas hipóteses em que a conduta iniciou-se atípica, e, no seu curso, sobreveio uma lei tipificando-a -, que a aplicação das normas da lei nova mais graves não atenderia à preservação da segurança jurídica que, afinal, é uma das metas da rigidez do princípio da legalidade penal.

Não obstante, a questão relativa à abrupta mutação legislativa e à exigibilidade imediata da observância das normas veiculadas pela lei recém-promulgada deve ser tratada no âmbito da culpabilidade, mais especificamente no âmbito da consciência da ilicitude¹¹⁰.

Desta forma, são aplicáveis as normas mais graves decorrentes da lei nova que entra em vigor no momento em que está em curso uma conduta típica. A essa solução aderiu, expressamente, o código penal alemão atualmente em vigor, no seu § 2, II : "Si se modifica el tipo penal durante la comisión del hecho, se aplicará la ley vigente en el momento en que se finaliza de cometer la acción tipificada"¹¹¹.

¹¹⁰ Questão semelhante a essa é analisada por DIAS, J. F. **Erro sobre proibições legais e falta de consciência do ilícito (arts. 16º e 17º do Código Penal) - violação de normas de execução orçamental.** In *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 5 (abril-junho de 1995), Lisboa : Aequitas Editora, p. 245-273.

¹¹¹ ENCINAS, E. E. (Cord.). **Código penal alemán - StGB Código procesal penal alemán.** Madrid : Marcial Pons, 2000, p. 21. Tradução: "Se se modifica o tipo penal durante a comissão do fato, aplicar-se-á a lei vigente no momento em que se finaliza de cometer a ação tipificada".

3.2.2 Crime continuado

Questão semelhante à que ocorre quando entra em vigor uma lei nova, com normas mais graves, no curso de um crime permanente, habitual ou plurissubsistente, se dá quando entra em vigor uma lei nova entre o início e o fim de uma série delitiva de um crime continuado.

Sabe-se que o crime continuado é uma ficção jurídica¹¹² - que tem suas origens em razões de política criminal -, estabelecida com a finalidade de dar uma resposta penal diferenciada a uma série de delitos praticados em circunstâncias excepcionais.

Com efeito, num dado momento histórico, percebeu-se que o tratamento conferido aos delitos praticados em concurso material era por demais rigoroso para determinados crimes. Assim, concebeu-se, até como forma de atenuar os rigores do Statuto de Valsassina, de 1343¹¹³ - que previa a pena de morte para o terceiro furto -, a teoria do crime continuado, a qual consistia e consiste em considerar como um único crime, diversos deles, desde que presentes alguns pressupostos, os quais variam de acordo com a teoria adotada.

¹¹² COUTINHO, J. N. M. **Crime continuado e unidade processual**. In Estudos criminais em homenagem a Evandro Lins e Silva. São Paulo : Método, 2001, p. 199; FAYET JÚNIOR, N. **Do crime continuado**. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2001, p. 61-62.

¹¹³ BITENCOURT. C. R. Op. cit., p. 528.

Atualmente, tem-se a definição do crime continuado no art. 71, do Código Penal, segundo o qual "quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes da mesma espécie e, pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, devem os subsequentes ser havidos como continuação do primeiro, aplica-se-lhe a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, aumentada, em qualquer caso, de um sexto a dois terços".

Dessa forma, por ficção, determina o Código Penal que se considere como se um único crime houvesse, uma série de delitos da mesma espécie que se assemelhem por condições de tempo, lugar, modo de execução, entre outras.

Nessa circunstância, pode ocorrer de, entre um crime e outro - integrantes do conjunto de crimes que a lei considera único -, entrar em vigor uma lei que veicule normas penais mais severas, agravando a situação do agente.

O problema, como se vê, é em tudo semelhante à hipótese dos crimes permanentes, habituais e plurissubsistentes e a solução, como é intuitivo, pelas mesmas razões, deve ser a mesma: ainda que se considere o crime continuado como sendo um crime único aplicam-se as normas veiculadas pela lei posterior, por ter sido ele praticado também na vigência da lei nova.

Em adição aos argumentos já expendidos em favor da tese aqui defendida, no que diz especificamente com a continuidade delitiva, deve-se levar em consideração que a parte final do art. 71, do CP, impõe que se aplique a pena de apenas um dos crimes, mas "a mais grave, se diversas" forem as penas

cominadas para os crimes em causa.

Assim, imagine-se a hipótese de uma série de furtos praticados em continuidade delitiva. No curso da série de crimes, entra em vigor uma lei nova que agrava a pena.

Também em razão do disposto na parte final do art. 71, do CP, deve-se aplicar a mais grave das penas, no caso, a pena prevista na lei posterior.

Desta forma, aplica-se ao crime continuado as normas mais graves da lei posterior que entra em vigor no curso da série delitiva.

3.2.3 Ressalvas importantes

A respeito da solução apontada para o problema da entrada em vigor, durante a prática do crime, de lei nova da qual se extraíam normas mais graves, há ressalvas que precisam ser feitas em casos particulares.

Com efeito, nem sempre será correto concluir pela aplicação das normas da lei posterior nos casos acima aventados. Há hipóteses nas quais a aplicação das normas da lei posterior significará a aplicação retroativa delas.

Assim, no crime habitual, caso todas as condutas sejam praticadas durante a vigência da lei anterior favorável e, uma apenas, na vigência da lei posterior mais grave, deve-se aplicar as normas decorrentes da lei anterior¹¹⁴. Isto porque,

¹¹⁴ MANTOVANI, F. Op. cit., p. 124.

em se tratando de crime habitual, a prática de uma única ação é indiferente penal.

Também, no caso de uma série continuada de furtos simples e qualificados nos quais somente os furtos simples tenham sido cometidos na vigência da lei nova que agravou a pena do furto qualificado¹¹⁵.

Em ambos os exemplos acima mencionados haveria verdadeira ofensa à regra da irretroatividade das normas mais graves.

Pode-se concluir, desta forma, em adesão ao proposto por Américo A. TAIPA DE CARVALHO, que a aplicação das normas penais mais graves veiculadas por lei posterior depende da constatação de que "a totalidade dos pressupostos da lei nova se tenham verificado na vigência desta"¹¹⁶.

3.3 LEI PENAL TEMPORÁRIA E LEI PENAL EXCEPCIONAL

O art. 3º, do Código Penal, dispõe que "a lei excepcional ou temporária, embora decorrido o período de sua duração ou cessadas as circunstâncias que a determinarem, aplica-se ao fato praticado durante a sua vigência".

A lei penal, assim como ocorre com qualquer outra, de um modo geral, vigora até que uma regra prevista em lei posterior a revogue, tal qual dispõe o art. 2º, da Lei de

¹¹⁵ CARVALHO, A. T. Op. cit., p. 61.

¹¹⁶ Id. Ibidem.

Introdução ao Código Civil¹¹⁷.

O comum, portanto, é que a lei seja revogada por uma regra - que dispõe sobre sua revogação -, veiculada por uma lei posterior. Tal regra de revogação pode ser expressa ou tácita.

Nada obstante, há leis que trazem no bojo de seus dispositivos regras de auto-revogação. São elas as leis excepcionais e as leis temporárias.

Assim, pode-se definir a lei temporária como sendo aquela que traz em si uma regra de auto-revogação, condicionando a sua vigência a um evento futuro e certo que é o decurso de um certo tempo.

Já a lei excepcional, por sua vez, também traz em seu bojo uma regra de auto-revogação. Todavia, sua vigência está condicionada a um evento futuro e incerto, mas determinado¹¹⁸, que é a ocorrência de um fato, ou a cessação de um fato que se prolonga no tempo.

Não se pode confundir a lei penal excepcional com o "*tipo circunstanciado* que é uma lei penal ordinária que considera delito uma ação ou agrava a pena para uma ação típica, quando há a concorrência de certas circunstâncias (guerra, catástrofe, etc.)"¹¹⁹.

Têm ambas - lei excepcional e temporária -, em comum, o

¹¹⁷ "Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue".

¹¹⁸ ZAFFARONI, E. R. & PIERANGELI, J. H. **Manual de direito penal brasileiro - parte geral**. 4 ed., São Paulo : RT, 2002, p. 230.

¹¹⁹ Id. Ibidem.

fato de trazerem em si uma regra de auto-revogação. Diferem, entretanto, porque para a lei temporária, a regra de revogação se exprime através de um termo e para a lei excepcional a revogação ocorrerá quando verificada a ocorrência de uma condição.

Assim, diante de uma situação de calamidade, por exemplo, pode ocorrer ser necessária e legítima a tipificação de uma dada conduta que, em tempos de normalidade, encontraria uma disciplina adequada apenas em outros ramos do direito.

Diante de tal situação, nos termos do art. 3º, do Código Penal, um crime cometido na vigência de uma lei penal temporária ou excepcional será punido ainda que o julgamento se dê depois de estar a lei já revogada.

Há quem, como Paulo José da COSTA JÚNIOR, alegue tratar-se de uma hipótese de exceção à regra da retroatividade benéfica, razão pela qual não haveria compatibilidade entre a regra do art. 3º, do Código Penal e a regra da retroatividade benéfica, do art. 5º, XL, da CR, a qual não comporta exceções¹²⁰.

Nada obstante, a questão não passa pela irretroatividade da norma penal benéfica. A aplicação das normas constantes da lei penal excepcional ou temporária atende, estritamente, à regra do *tempus regit actum*.

Não há que se falar em retroatividade benéfica das normas constantes da lei posterior, até porque não há qualquer lei posterior em causa. A lei penal excepcional ou temporária

¹²⁰ COSTA JÚNIOR, P. J. **Curso de direito penal**. vol. 1, São Paulo : Saraiva, 1991, p. 29.

deixou de vigorar, não em razão da entrada em vigor de uma lei nova, mas em razão da regra de vigência contemplada na própria lei revogada.

Por outro lado, segundo a doutrina majoritária, a disciplina do art. 3º, do Código Penal, tem por finalidade "evitar que fiquem sem aplicação as sanções dessas leis a fatos cometidos às vésperas da extinção do termo ou da cessação do estado excepcional que as determinou, ou que 'possam ser frustradas as suas sanções por expedientes astuciosos no sentido do retardamento dos processos penais'"¹²¹.

De fato, o argumento é válido como reforço, até porque, efetivamente de nada adiantaria prever regras penais em leis temporárias ou excepcionais se, decorrida a respectiva vigência, operasse-se a extinção da punibilidade. A razão informadora da tipificação se perderia.

Entretanto, a razão para sustentar-se a validade da disposição do art. 3º, do CP, está na *ratio* da retroatividade da norma penal benéfica, a qual estaria ausente na hipótese de se julgar extinta a punibilidade daqueles que cometeram o crime na vigência da lei penal excepcional ou temporária, pelo simples fato de esta ter deixado de vigorar.

Afinal, quando se está diante de uma hipótese ordinária de "abolitio criminis", na *ratio* que informa a adoção do instituto pelo ordenamento jurídico está a "revaloración del hecho, que ha conducido a desincriminarlo o tratarlo en forma

¹²¹ BRUNO, A. **Direito Penal** T.1. 3ª ed. Rio de Janeiro : Forense, 1967, p. 271-272.

más benigna, a causa de que su reprobabilidad social ya no se juzga tan intensa"¹²².

Já a razão do fim de vigência da lei penal temporária ou excepcional está na modificação dos fatos que ensejaram sua edição. Há, portanto, "uma alteração da situação fáctica e não uma alteração da valoração político-criminal"¹²³.

3.4 LEI PENAL EM BRANCO

Outra questão de suma importância relacionada ao direito penal intertemporal diz respeito ao tratamento a ser conferido às hipóteses em que estiver em causa a sucessão de leis penais em branco, especificamente no que diz com a sucessão dos atos normativos que as complementem.

Na lei penal em branco, a conduta incriminada não vem integralmente descrita, necessitando de uma complementação que deverá ser encontrada em outro dispositivo normativo.

Assim, pode-se definir a lei penal em branco, tomando-se de empréstimo o conceito de Enrique CURY, como sendo "aquella que determina la sanción aplicable, describiendo solo parcialmente el tipo delictivo correspondiente e confiando la determinación de la conducta punible o su resultado a otra

¹²² CURY URZÚA, E. Op. cit., p. 214. Tradução: "revaloração do fato, que conduziu a descriminá-lo ou tratá-lo de forma mais benigna, razão pela qual sua reprovabilidade social já não se julga mais tão intensa".

¹²³ CARVALHO, A. T. Op. cit., p. 165.

norma jurídica a la cual reenvía expresa o tácitamente"¹²⁴.

Desta forma, diante de uma lei penal em branco, o intérprete não consegue abstrair o comando normativo que proíbe uma determinada conduta, sem se valer de um outro texto normativo, seja ele legal ou de hierarquia infralegal.

A esse respeito, classificam-se as leis penais em branco, quanto à natureza de seu preceito complementador, entre leis penais em branco de complementação homóloga e leis penais em branco de complementação heteróloga.

As primeiras teriam sua complementação descrita em um texto normativo com hierarquia de lei. Tal lei poderia ser penal, hipótese em que se estaria diante de uma lei penal em branco de complementação homóloga homovitelina, ou poderia, ainda, ser extrapenal, hipótese na qual se estaria diante de uma lei penal em branco de complementação homóloga heterovitelina¹²⁵.

Já as leis penais em branco de complementação heteróloga seriam aquelas cujos dispositivos complementadores se encontrariam em textos normativos de hierarquia infralegal¹²⁶.

Quanto a estas últimas, há quem, como Maurício Antonio

¹²⁴ CURY. E. **La ley penal en blanco**. Bogotá : Editorial Temis, 1988, p. 38. Tradução do texto: "aquela que determina a sanção aplicável, descrevendo só parcialmente o tipo delitivo correspondente e confiando a determinação da conduta punível ou seu resultado a outra norma jurídica à qual reenvia expressa ou tacitamente".

¹²⁵ BATISTA. N. Op. cit., p. 72.

¹²⁶ A estas leis penais em branco Edmund MEZGER denominou de leis penais em branco em sentido estrito (MEZGER, E. Op. cit, p. 154).

Ribeiro LOPES, sustente serem inconstitucionais porque a complementação do preceito, em face da legalidade estrita, não poderia ser delegada a um outro Poder¹²⁷.

De fato, há numerosos exemplos de leis penais em branco inconstitucionais em razão da indisfarçável delegação, por parte do Poder Legislativo, de sua competência constitucional para definir crimes e cominar penas¹²⁸.

Não obstante, não se pode dizer que todas as leis penais em branco de complementação heteróloga sejam inconstitucionais. Para que o princípio da legalidade não reste vulnerado, todavia, "es necesario que la materia prohibida (concreción del desvalor de acto de la norma) aparezca por lo menos fijada en su núcleo esencial por la ley penal en blanco y que la disposición de rango inferior solo se encargue de señalar condiciones, circunstancias, límites y otros aspectos claramente complementarios, pero en caso alguno entrar a definir lo prohibido mismo"¹²⁹.

Não há maiores problemas ligados à sucessão de leis penais quando se está diante de uma lei penal em branco de complementação homóloga homovitelina. Isto porque, tanto o preceito incompleto, quanto o preceito complementador

¹²⁷ LOPES, M. A. R. Op. cit, p. 74-76.

¹²⁸ SCHMIDT, A. Z. Op. cit, p. 157.

¹²⁹ RAMÍREZ, J. B. **Introducción al derecho penal**. Chile : Ediar, 1989, p. 60. Tradução: "é necessário que a matéria proibida (concreção do desvalor do ato da norma) apareça pelo menos fixada em seu núcleo essencial pela lei penal em branco e que a disposição de categoria inferior só se encarregue de sinalizar condições, circunstâncias, limites e outros aspectos claramente complementares, porém em caso algum invadir a definição do proibido mesmo". No mesmo sentido: CONDE, F. M. & ARÁN, M. G. Op. cit., p. 115; SCHMIDT, A. Z., Op. cit., p. 159-160.

estariam, indubitavelmente, sujeitos à disciplina que rege a sucessão de leis penais no tempo, ou seja, retroatividade benéfica e irretroatividade da norma mais grave.

Discute-se, entretanto, a respeito de que regras seriam aplicáveis aos casos em que a lei penal em branco deve ser complementada por preceitos extrapenais.

Há os que sustentam, nesta hipótese, serem aplicáveis ao preceito penal incompleto as regras reguladoras da sucessão de leis penais, enquanto que ao preceito complementador as regras relativas ao ramo jurídico de sua procedência¹³⁰.

Assim, tome-se o exemplo do art. 269, do CP, o qual estabelece ser crime "deixar o médico de denunciar à autoridade pública doença cuja notificação é compulsória: Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa".

Vê-se que, para a completa verificação a respeito da tipicidade de uma dada conduta, o preceito penal exige a complementação de um preceito de direito administrativo, o qual irá estabelecer quais doenças exigem notificação.

Somente após a verificação de quais doenças o texto normativo de direito administrativo estabelece como de notificação compulsória é que se poderá determinar com segurança se determinada conduta está proibida sob a ameaça de uma sanção penal.

Trata-se, assim, de uma hipótese de lei penal em branco que exige uma complementação extrapenal.

Diante disso, imagine-se a hipótese de um médico que

¹³⁰ Assim, por exemplo: MESTIERI, J. Op. cit., p. 110; HUNGRIA, N. Op. cit., p. 126.

deixa de notificar uma dada doença inscrita como de notificação obrigatória no momento da omissão e, posteriormente, venha a ocorrer uma modificação no rol das doenças notificáveis.

Assim, há quem sustente não ter ocorrido aí uma hipótese de "abolitio criminis", uma vez que a regra da retroatividade benéfica não se aplicaria à norma decorrente do preceito complementador da lei penal em branco, a qual, por não ter natureza penal, não estaria sujeita à regra da retroatividade benéfica.

Esta solução, todavia, não pode ser aceita sem reservas, porque pode implicar na violação à regra da retroatividade da norma penal benéfica.

Com efeito, nas hipóteses em que se está diante de leis penais em branco de complementação heteróloga, a norma penal só pode ser abstraída a partir da conjugação de dois ou mais textos. A lei penal é insuficiente, razão pela qual há uma remissão - expressa ou tácita -, a outro texto normativo.

Ora, se fosse possível concluir-se pela irretroatividade benéfica da norma extraível do texto complementador, admitir-se-ia a burla, por parte do legislador, à regra constitucional da retroatividade benéfica. Toda vez que houvesse interesse em subtrair determinada disciplina penal da regra da retroatividade benéfica, o legislador valer-se-ia da técnica legislativa consistente em "fracionar" a regulamentação em textos normativos distintos.

Desta forma, a única maneira de preservar-se o princípio da legalidade, bem como a regra da retroatividade benéfica, é atribuir ao preceito complementador, porque passa

a integrar o preceito incompleto, a mesma disciplina das normas penais, estando sujeito às mesmas exigências constitucionais¹³¹.

No exemplo acima, portanto, a retirada da doença do rol das doenças cuja notificação é compulsória, transformaria a conduta do médico em conduta atípica, razão pela qual a opção pela extinção da punibilidade em razão da "abolitio criminis" seria inevitável.

Afinal, como ressaltado por Eduardo CORREIA "as normas a que se refere a lei penal fazem parte desta: são elementos normativos da descrição dos seus conceitos. Deste modo, se da revogação destas normas resulta uma restrição do âmbito do direito penal, isso importa uma atenuação da sua eficácia e portanto deve aproveitar ao delinquente"¹³².

Os autores que negam a possibilidade de se aplicar as regras da sucessão de leis penais aos preceitos complementadores extrapenais da lei penal em branco, normalmente se apegam a um exemplo em que a adoção da corrente aqui defendida poderia gerar certa perplexidade.

Trata-se da hipótese de violação aos tipos que incriminam a conduta de vender mercadoria em valores superiores aos definidos em tabelas de preços, tal qual disposto no art. 2º, VI, da Lei nº 1.521/51¹³³.

¹³¹ BATISTA, N. Op. cit., p. 74.

¹³² CORREIA, E. **Direito criminal**. Coimbra : Almedina, 1971, p. 155.

¹³³ "transgredir tabelas oficiais de gêneros e mercadorias, ou de serviços essenciais, bem como expor à venda ou oferecer ao público ou vender tais gêneros, mercadorias ou serviços, por preço superior ao tabelado, assim como não manter afixadas, em lugar visível e de fácil leitura, as tabelas de preços aprovadas pelos

Sustenta-se que não seria admissível decretar-se a extinção da punibilidade, pela "abolitio criminis", de quem vendeu mercadoria a um determinado preço, violando o contido em tabela oficial, a qual veio a ser posteriormente modificada para estabelecer um preço mais alto - dentro do qual a conduta anteriormente praticada seria considerada atípica -, para aquela mesma mercadoria vendida.

Não obstante se possa concordar com a solução proposta, qual seja, a de não se admitir a "abolitio criminis" nesta hipótese, não se pode concordar com os fundamentos dela.

Com efeito, a razão de não se admitir a "abolitio criminis" nesta hipótese não está na inaplicabilidade à norma decorrente do preceito complementador da lei penal em branco das regras que regem a aplicação da norma penal no tempo.

A razão está no fato de que o preceito que traz o preço da mercadoria em questão é, essencialmente, um preceito decorrente de ato normativo excepcional e, como tal, sujeito ao disposto no art. 3º, do Código Penal, segundo o qual "a lei excepcional ou temporária, embora decorrido o período de sua duração ou cessadas as circunstâncias que a determinarem, aplica-se ao fato praticado durante sua vigência".

Assim, assiste razão a Heleno Cláudio FRAGOSO quando afirma que "as disposições que completam as leis penais em branco integram o conteúdo de fato da conduta incriminada e sua alteração representa uma nova valoração jurídica do mesmo. Todavia, a regra que estabelecemos não pode ser aplicada em

casos como os de tabelamento de preços, dado o caráter excepcional desses tabelamentos, feitos para atender a situações de escassez de gêneros e dificuldades na produção e abastecimento”¹³⁴.

Há casos, ainda, em que a modificação do preceito complementador não altera o caráter ilícito da conduta, como por exemplo, na hipótese em que o texto normativo complementador retira uma determinada moeda de circulação, em relação ao crime de moeda falsa, ou, ainda, na hipótese em que haja a mudança da regra administrava de tráfego que considerava a contramão, no momento em que se concluiu pela violação ao dever de cuidado, em relação a um homicídio culposo.

Nessas hipóteses, igualmente não ocorre a “abolitio criminis”. Assim, é preciso verificar, na esteira do sustentado por Francisco de Assis TOLEDO, as hipóteses em que a alteração do texto complementador “implica, ou não, supressão do caráter ilícito de um fato”¹³⁵.

Em outras palavras, ocorrerá a “abolitio criminis” nas hipóteses em que a lei penal em branco visa garantir a obediência ao preceito complementador. Do contrário, quando visar apenas garantir seu efeito de regulamentação, tal não

¹³⁴ FRAGOSO, H. C. Op. cit. p. 105.

¹³⁵ TOLEDO, F. A. Op. cit., p. 43.

ocorrerá¹³⁶.

3.5 LEI INTERMÉDIA

Pode ocorrer de entrar em vigor, entre a data da prática do crime e a do julgamento, uma lei penal que traga normas mais benéficas ao réu, lei essa que venha a ser revogada por outra no momento em que o julgamento deva ser levado a efeito.

Imagine-se, por exemplo, que no momento em que o crime é praticado, haja a previsão na lei de uma pena de dois a quatro anos de reclusão.

Posteriormente, mas antes ainda do julgamento, entraria em vigor uma lei que trouxesse a previsão de uma pena de um a três anos de reclusão para esse mesmo crime.

Depois disto, uma outra lei retomaria o tratamento anteriormente dispensado à hipótese, trazendo, novamente, a previsão de uma pena de dois a quatro anos de reclusão para aquele crime.

A esta lei, cujo início da vigência é posterior ao momento da prática do crime e que é revogada antes do julgamento, denomina-se lei intermédia ou intermediária¹³⁷.

Já houve tempo em que se questionou acerca da

¹³⁶ JAKOBS. G. **Derecho penal - fundamentos e teoría de la imputación**. Tradução : Joaquin Cuello Contreras e Jose Luis Serrano Gonzalez de Murillo. Madrid : Marcial Pons, 1995, p. 121.

¹³⁷ FIERRO, G. J. Op. cit., p. 292.

possibilidade de se aplicar as normas benéficas decorrentes da lei intermédia¹³⁸, uma vez que "si partimos de los postulados centrales que consagra la teoría de la retroactividad, llegaremos a la conclusión de que la ley intermedia no representa fielmente a la nueva valoración dominante, que se estima siempre es reflejada adecuadamente por la última ley"¹³⁹.

Não obstante, não pode haver dúvidas quanto à aplicabilidade das normas mais benéficas da lei intermédia. Até porque a solução corresponde a uma decorrência lógica das regras que regem a aplicação da lei penal no tempo.

Não fosse isso, os postulados sobre os quais se assenta o princípio da irretroatividade da norma penal mais grave restariam, igualmente, ofendidos caso se negasse aplicação das normas benéficas decorrentes da lei intermédia¹⁴⁰.

Assim, pode-se dizer que o agente, mesmo tendo praticado o crime quando em vigor uma lei que trouxesse disposições reveladoras de normas mais graves, foi beneficiado com a entrada em vigor da lei intermédia, veiculadora de normas mais benéficas.

Quando a lei intermédia é revogada por outra lei que traz normas mais graves, estas últimas já não podem mais retroagir, em razão do princípio da irretroatividade das normas mais graves.

¹³⁸ CARVALHO, A. T. Op. cit., p. 150.

¹³⁹ FIERRO, G. J. Op. cit., p. 293. Tradução: "se partimos dos postulados centrais que consagra a teoria da retroatividade, chegaremos a conclusão de que a lei intermédia não representa fielmente a nova valoração dominante, que se avalia ser sempre revelada adequadamente pela última lei"

¹⁴⁰ CARVALHO, A. T. Op. cit., p. 151.

O Código Penal Alemão, que passou a vigorar após a reforma de 1970, em seu art. 2º, § 2º, foi expresso ao estabelecer: "determina-se a pena pela lei que vigore ao tempo do ato. No caso de diversidade de leis, do tempo da prática do ato até o da sentença, aplica-se a lei mais suave"¹⁴¹.

No Brasil não há dispositivo legal semelhante, embora na Exposição de Motivos do Código Penal de 1940 se tenha dito que "não havia necessidade de declarar expressamente que, no caso de sucessão de várias leis, prevalece a mais benigna, pois é evidente que, aplicando-se ao fato a lei posterior somente quando favorece o agente, em caso algum se poderá cogitar da aplicação de qualquer lei sucessiva mais rigorosa, porque esta encontrará o agente já favorecido por lei intermediária mais benigna"¹⁴².

Assim, aplicam-se as normas mais benignas da lei intermédia, ainda que esta última não esteja mais em vigor no momento do julgamento, bem como não tenha a conduta sido praticada no período de sua vigência.

3.6 "VACATIO LEGIS"

3.6.1 Lei nova com normas mais favoráveis

Define-se a vigência de uma lei, como sendo "a

¹⁴¹ ALMEIDA. L. **Código penal alemão**. São Paulo : José Bushatsky, 1974, p. 101.

¹⁴² PIERANGELLI. J. H. **Códigos penais do brasil - evolução histórica**. Bauru : Javoli, 1980. p. 415.

qualidade (...) que diz respeito ao tempo em que ela atua, podendo ser invocada para produzir efeitos"¹⁴³.

Com efeito, uma norma pode provir de uma lei existente e válida¹⁴⁴, mas não estar apta, ainda, para produzir seus efeitos por não estar a lei da qual deriva em vigor. Assim, somente quando a lei estiver em vigor é que suas normas estarão aptas a produzir seus efeitos, razão pela qual somente nessa hipótese é que poderão ser aplicadas a um caso concreto¹⁴⁵.

A lei penal, ressalvadas as regras especiais aqui tratadas, está sujeita às regras gerais de vigência previstas na Lei de Introdução do Código Civil.

Dentre elas, submete-se ao preceito do art. 1º, segundo o qual "salvo disposição contrária, a lei começa a vigorar em todo o país 45 (quarenta e cinco dias) depois de oficialmente publicada".

Assim, afora as hipóteses em que no próprio texto da lei houver outro prazo estabelecido, a lei penal entra em vigor decorridos quarenta e cinco dias a partir de sua publicação.

¹⁴³ FERRAZ, T. S. **Introdução ao estudo do direito - técnica, decisão, dominação**. São Paulo : Atlas, 1990, p. 181.

¹⁴⁴ Luís Roberto BARROSO, sobre o tema, sintetiza: "Seria inexistente, por exemplo, uma "lei" que não houvesse resultado de aprovação da Casa legislativa, por ausente a manifestação de vontade apta a fazê-la ingressar no mundo jurídico". Mais adiante, explica: "Norma inconstitucional é norma inválida, por desconformidade com regramento superior, por desatender os requisitos impostos pela norma maior. É nula de pleno direito". (BARROSO, L. R. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**. 2 ed. Rio de Janeiro : Renovar, 1993, p. 76-77).

¹⁴⁵ ASCENSÃO, J. O. Op. cit., p. 251.

Esse prazo, denominado "vacatio legis", tem por finalidade dar maior publicidade à lei, assegurando-se, tanto quanto possível, que um maior número de pessoas dela tome conhecimento¹⁴⁶.

A respeito do tema, há autores que sustentam serem aplicáveis as regras mais benéficas extraíveis da lei que ainda se encontre em "vacatio legis", antes mesmo de sua entrada em vigor.

Assim, por exemplo, René Ariel DOTTI sustenta que "a lei vacante não deixa de ser lei posterior devendo ser aplicada desde logo se for mais favorável ao réu"¹⁴⁷. No mesmo sentido, Luiz Vicente CERNICCHIARO e Paulo José da COSTA JÚNIOR embora reconheçam que "a vigência é indispensável para gerar a obrigação ao destinatário para conduzir-se de acordo com o imposto pela lei" alegam que "cumpre sacrificar o aspecto meramente formal" e aplicar, desde logo, as normas mais benéficas¹⁴⁸.

Entretanto, a solução proposta não pode ser aceita. Isto porque, nada obstante ser voltada ao favorecimento do réu, é *contra legem*.

Com efeito, as normas decorrentes de uma lei que ainda

¹⁴⁶ Este é o escopo expressamente revelado pelo art. 8º, da Lei Complementar nº 95/98 quando estabelece que "a vigência da lei será indicada de forma expressa para que dela se tenha amplo conhecimento...".

¹⁴⁷ DOTTI, R. A. **A retroatividade da lex mitior e o critério da combinação de leis**. In *Justiça Penal - 10 anos da Constituição e a Justiça Penal*. São Paulo : RT, 1999, p. 341.

¹⁴⁸ COSTA JÚNIOR, P. J. & CERNICCHIARO, L. V. **Direito penal na constituição**. 2 ed., São Paulo : RT, 1991, p. 70.

não entrou em vigor não são ainda aplicáveis. Isto decorre da manifestação do próprio Poder Legislativo que demarca, através da previsão de um prazo de "vacatio legis", o momento a partir do qual da lei se possam extrair os parâmetros para a decisão a respeito de um caso concreto.

Desta forma, aplicar as normas decorrentes de uma lei ainda em "vacatio legis" significa violar a regra que estipula um prazo a partir do qual aquelas poderão ser aplicadas¹⁴⁹.

Por outro lado, as normas de uma lei só se incorporam ao ordenamento jurídico a partir do momento em que esta adquire vigência¹⁵⁰.

Assim, não se pode deixar de dar razão a Nelson HUNGRIA quando conclui que "quando se fala em *lei posterior*, se entende a lei que passou a *vigorar* em substituição a outra"¹⁵¹.

É verdade que a aplicabilidade imediata das normas mais favoráveis decorrentes de lei penal, ainda em período de "vacatio legis", poderia evitar os inconvenientes de se reabrir um caso julgado com base em regras que estão prestes a perder sua eficácia.

Entretanto, ainda assim, com a entrada em vigor da lei nova suas normas mais benéficas seriam aplicadas retroativamente mesmo que já houvesse o trânsito em julgado, o que seria uma forma de se contornar o problema levantado.

Incontornável, entretanto, seria a impossibilidade de

¹⁴⁹ FIERRO, G. J. Op. cit., p. 90.

¹⁵⁰ CALLEJÓN, F. B. **Fuentes del derecho**. Madrid : Tecnos, 1991, p. 128.

¹⁵¹ HUNGRIA, N. op. cit., p. 109

revisão de uma eventual sentença, já imutável em razão da coisa julgada, que houvesse aplicado normas de uma lei penal em "vacatio legis", que não viesse a entrar em vigor por ter sido revogada antes de decorrido o prazo assinalado.

Tal ocorreu, por exemplo, com o Código Penal de 1969, o qual foi promulgado em outubro de 1969, pelo Decreto-lei nº 1.004 e teve seu período de "vacatio legis" postergado até 1978, quando a Lei nº 6.578, revogou-o¹⁵².

Assim, não há norma constitucional implícita ou explícita que proíba o legislador de postergar o início de vigência de uma lei penal que veicule normas mais favoráveis, razão pela qual, *de lege lata*, não se vislumbra a possibilidade de se aplicar essas normas antes do término do prazo de "vacatio legis".

Entretanto, *de lege ferenda*, poderiam ser contornados os inconvenientes da aplicação de normas mais graves que estejam prestes a perder sua eficácia com a previsão de outras medidas, especialmente, processuais. Poder-se-ia, por exemplo, prever uma causa de suspensão do processo até que entrasse em vigor a lei nova.

Desta forma, embora preveja normas mais benéficas, a lei penal em período de "vacatio legis" não pode ter suas normas aplicadas antes de decorrido prazo previsto para que passe a vigorar.

3.6.2 Lei nova com normas mais graves

¹⁵² MACHADO. L.A. Op. cit., p. 42.

Ainda no que se refere à "vacatio legis" da lei penal uma outra questão merece atenção. Trata-se da impossibilidade de se editar lei penal que traga regras mais graves com cláusula de vigência imediata.

A Constituição da República, como se sabe, não dispôs diretamente sobre a necessidade de exigência de "vacatio legis".

Nada obstante, ao regular o processo legislativo, em seu art. 59, parágrafo único, estabeleceu que "lei complementar disporá sobre a elaboração, redação, **alteração** e consolidação das leis"¹⁵³.

Assim, a matéria relativa à alteração das leis foi reservada pela Constituição da República à lei complementar, a qual, como se sabe, exige a maioria absoluta para a aprovação, conforme determina seu art. 69.

Para dispor sobre direito penal, não exigiu a Constituição da República que o Congresso Nacional o fizesse por meio de lei complementar¹⁵⁴, sendo suficiente que o faça mediante lei ordinária.

Entretanto, é preciso estar atento ao fato de que o legislador, mediante lei ordinária, pode introduzir direito penal novo no ordenamento jurídico, alterando-o, portanto.

¹⁵³ Não há grifos no original.

¹⁵⁴ Aliás, não deixa de ser um disparate que a Constituição exija lei complementar para a criação de novos tributos cujas regras-matrizes já não estejam definidas no texto constitucional (cf. art. 154, inciso I) e não faça a mesma exigência para a criação de tipos penais. A propriedade, sob esse aspecto, resta mais protegida do que a liberdade.

Todavia, não pode o legislador, mediante simples lei ordinária, dispor sobre a alteração do direito penal, assim como não pode fazê-lo em relação a qualquer outro sem o *quorum* especial. Ou seja, uma coisa é dispor sobre o conteúdo penal propriamente dito e outra é dispor sobre a forma como se coloca ou se modifica o conteúdo do direito penal.

A questão resume-se, então, na identificação do objeto de regulamentação: caso o objeto de regulamentação seja o direito penal em si - p. ex. a tipificação de uma nova conduta ou o agravamento de uma pena - o legislador está autorizado a fazê-lo mediante uma lei ordinária; do contrário, se o objeto de regulamentação for a alteração do direito penal, só poderá fazê-lo mediante uma lei complementar. De modo que questões atinentes com a técnica legislativa, a "vacatio legis", redação, consolidação de leis penais são reservadas ao âmbito da legislação complementar, enquanto a disciplina do direito penal material em sentido próprio (conteúdo), pode ser tratada em nível ordinário.

Por outro lado, sabe-se que não há hierarquia entre lei complementar e lei ordinária¹⁵⁵. O hipotético conflito entre normas veiculadas por lei complementar e lei ordinária se resolve pela eventual inconstitucionalidade formal da lei ordinária que tenha tratado de matéria reservada à lei complementar. Assim, lei ordinária que trate de matéria reservada à lei complementar é inconstitucional, em razão da sua incompatibilidade formal com o ordenamento constitucional.

¹⁵⁵ TEMER, M. **Elementos de direito constitucional**. 13 ed., São Paulo : Malheiros, 1997, p. 147

Diante disso, não se pode negar que a disposição sobre o prazo de "vacatio legis" é matéria reservada à lei complementar. Trata-se de matéria relativa à alteração de lei e não da matéria alterada propriamente dita.

Deste modo, impõe-se analisar o disposto no art. 8º, da Lei Complementar nº 95/98, o qual estabelece que "a vigência da lei será indicada de forma expressa e de modo a contemplar prazo razoável para que dela se tenha amplo conhecimento, reservada a cláusula 'entra em vigor na data de sua publicação' para as leis de pequena repercussão".

Como se vê, a Lei Complementar nº 95/98, dispondo sobre a alteração das leis, estabeleceu a necessidade de um prazo razoável de "vacatio legis" para as leis de um modo geral, só admitindo cláusula de vigência imediata quando se tratar de lei de pequena repercussão.

Ora, sendo assim, parece certo que a lei penal, que traz normas mais graves em relação à disciplina vigente, não pode, em qualquer hipótese, ser tratada como lei de pequena repercussão.

O agravamento de uma sanção penal, a previsão de um tipo penal novo, a supressão de uma causa de extinção da punibilidade são, todas, maneiras de se ampliar o poder punitivo estatal e permitir que o Estado avance em maior extensão ou intensidade sobre a liberdade dos cidadãos. E, sem dúvida, tendo em vista o caráter de direito fundamental da liberdade, não se poderia vislumbrar na sua limitação uma questão de pequena repercussão.

Assim, lei ordinária penal que traga normas mais graves, não pode prever cláusula de vigência imediata. A

cláusula de vigência de uma lei penal não tem por objeto de regulamentação o direito penal em si. Seu objeto, na verdade, é a alteração do direito penal. Especificamente, dispõe sobre o aspecto temporal da alteração do direito penal.

Esta matéria, já se disse, é matéria reservada pela Constituição da República à lei complementar.

Nesta linha, diante de uma lei penal nova (ordinária), portadora de regras mais graves, que traga cláusula de vigência imediata, ou que não preveja um prazo razoável de "vacatio legis" - prazo esse apto para que da lei se tenha amplo conhecimento -, tal cláusula deverá ser considerada formalmente inconstitucional, devendo como tal ser declarada.

Nesta situação, somente entrará em vigor a lei - a despeito de previsão inconstitucional em contrário -, quarenta e cinco dias depois de sua publicação, valendo a disposição supletiva do art. 1º, da Lei de Introdução ao Código Civil.

3.7 LEI INTERPRETATIVA

Tradicionalmente, costuma-se classificar a interpretação quanto à fonte em interpretação autêntica, interpretação doutrinal e interpretação jurisprudencial.

A interpretação autêntica seria aquela realizada pelo mesmo órgão do qual emanou o texto a ser interpretado. Assim, para realizar a interpretação de uma lei, o legislador editaria uma outra lei, denominada de lei interpretativa, esclarecendo o sentido de uma disposição textual da lei

anterior.

A esse respeito, costuma-se conferir às normas veiculadas pelas chamadas leis interpretativas, editadas com a finalidade de esclarecer pontos obscuros de leis anteriores, a característica da retroatividade¹⁵⁶.

Como se sabe, a irretroatividade das normas é característica geral do ordenamento jurídico. Todavia, proclamam-se exceções, dentre as quais, estariam as chamadas leis interpretativas¹⁵⁷, as quais, por não inovarem o ordenamento jurídico, mas tão-somente procurarem esclarecer o conteúdo de uma disposição anterior, teriam aplicação retroativa.

Mesmo no âmbito da teoria geral do direito, nunca se poupou críticas a esse mau vazo de atribuir efeitos retroativos às normas decorrentes de lei interpretativa. Já Carlos MAXIMILIANO advertia que, mesmo nos países onde não há óbices constitucionais à retroatividade das normas - o que não é o caso do Brasil -, a evolução faz-se no sentido de dilatar "dia a dia o campo da exegese doutrinal e restringir o da autêntica, esta 'filha do absolutismo' é hoje uma exceção, rara e antipática exceção"¹⁵⁸.

No que diz especificamente com o direito penal, são numerosos os autores que, a despeito da regra constitucional

¹⁵⁶ Por todos, ASCENSÃO, J. O. Op., cit., p. 436.

¹⁵⁷ O Código Tributário Nacional, por exemplo, em seu art. 106, I, estabeleceu que "a lei aplica-se a ato ou fato pretérito: I - em qualquer caso quando seja expressamente interpretativa, excluída a aplicação de penalidade à infração dos dispositivos interpretados".

¹⁵⁸ MAXIMILIANO, C. Op. cit., p. 91.

da irretroatividade da norma penal, conferem às normas veiculadas por lei interpretativa efeitos retroativos. Assim, por exemplo, José FREDERICO MARQUES sustenta a retroatividade das regras decorrentes de lei interpretativa, asseverando que "a interpretação autêntica, além de se incorporar à lei interpretada, nada cria ou inova. Por isso mesmo tem de ser aplicada 'ex-tunc', em face das regras da hermenêutica penal, pois que esta não difere da interpretação das leis extrapenais"¹⁵⁹.

Não se pode, entretanto, aceitar a exceção proposta ao princípio da irretroatividade da norma penal mais grave.

Efetivamente, através de uma lei que se auto-proclame interpretativa, poder-se-ia vilipendiar o princípio da irretroatividade com uma simples mudança de rótulo. Além disso, a regra constitucional da irretroatividade da norma penal mais grave não comporta exceções.

Ademais, como bem ressalta Carlos Mário da Silva VELLOSO, "a questão deve ser posta assim: se a lei se diz interpretativa e nada acrescenta, nada inova, ela não vale nada. Se inova, ela vale como lei nova, sujeita ao princípio da irretroatividade. Se diz ela que retroage, incorre em inconstitucionalidade e, por isso, nada vale. Desta forma, não há que falar, na ordem jurídica brasileira, em lei interpretativa com efeito retroativo"¹⁶⁰.

¹⁵⁹ MARQUES, J. F. Op. cit., p. 211

¹⁶⁰ VELLOSO, C. M. S. **O princípio da irretroatividade da lei tributária.** In Revista Trimestral de Direito Público nº 15, p. 19-20.

3.8 MEDIDAS DE SEGURANÇA

A medida de segurança, ao contrário da pena que tem finalidade retributiva, tem finalidade exclusivamente preventiva. Com a reforma do Código Penal de 1984, ficaram restritas aos inimputáveis (art. 97, do CP) e aos semi-imputáveis (art. 98, do CP).

Tendo em vista a natureza preventiva da medida de segurança, era corrente a afirmação de que se não submetiam ao princípio da irretroatividade. Assim, por exemplo, Guillermo J. FIERRO narrava que "la mayor parte de la doctrina coincide en que las medidas de seguridad deben excluirse de la regla *tempus regit actum* en virtud de su carácter defensivo y, además, se sostiene que ellas deben evolucionar paralelamente com los avances logrados en los campos de la medicina, la sociología o la pedagogía"¹⁶¹.

O Código Penal de 1940, a esse respeito, trazia disposição expressa em seu art. 75, estabelecendo que "as medidas de segurança regem-se pela lei penal vigente ao tempo da sentença, prevalecendo, entretanto, se diversa, a lei vigente ao tempo da execução".

Assim, conferia-se às regras que regulassem as medidas de segurança aplicabilidade imediata, qualquer que fosse a disciplina vigente no momento em que o injusto, ou crime - no

¹⁶¹ FIERRO, J. G. Op. cit. p. 334. Tradução: "a maior parte da doutrina concorda que as medidas de segurança devem ser excluídas da regra *tempus regit actum* em virtude de seu caráter defensivo e, ademais, se sustenta que elas devem evoluir paralelamente com os avanços alcançados nos campos da medicina, da sociologia ou da pedagogia".

caso dos semi-imputáveis -, houvesse sido praticado.

Aníbal BRUNO, sobre a aplicabilidade imediata das regras reguladoras da medida de segurança sustentava que "não se pode dizer, entretanto, que a nova lei retroage, porque a medida se estabelece, não em razão do crime, que é o passado, mas da perigosidade como existe no presente"¹⁶².

Entretanto, a afirmação de inexistência de retroatividade só pode ser afirmada caso se tome por *actus*, na regra *tempus regit actum*, a sentença e não a prática do injusto. Caso se tome por *actus* a prática do injusto, a conclusão pela retroatividade é indisfarçável.

Mesmo após a reforma de 1984, que excluiu o disposto no antigo artigo 75, do Código Penal, ainda há quem sustente, como faz Francisco de Assis TOLEDO¹⁶³, que as medidas terapêuticas e curativas devam ter aplicação imediata.

Nada obstante, hoje já não se pode mais sustentar a aplicabilidade imediata das normas que regulem a medida de segurança quando essas normas se mostrarem mais graves para o agente, do que aquelas decorrentes da lei vigente à época do fato.

Afinal, o preceito insculpido no art. 5º, XL, da CR, ao estabelecer que a norma penal retroagirá para beneficiar o réu, não comporta exceção.

Ademais, não se pode perder de mente que a medida de segurança, assim como a pena, "constituem duas formas

¹⁶² BRUNO, A. Op. cit, p. 273.

¹⁶³ TOLEDO, F. A. Op. cit., p. 42.

semelhantes de controle social e, *substancialmente*, não apresentam diferenças dignas de nota. Consubstanciam formas de invasão da liberdade do indivíduo pelo Estado, e, por isso, todos os princípios fundamentais e constitucionais aplicáveis à pena, (...) regem também as medidas de segurança”¹⁶⁴.

Sendo assim, é de se reconhecer que às medidas de segurança aplicam-se as mesmas regras relativas à lei penal em geral, não se justificando qualquer exceção¹⁶⁵.

3.9 APLICABILIDADE DAS NORMAS DA “LEX MITIOR” INCONSTITUCIONAL

Outra questão ligada a disciplina da sucessão de leis penais no tempo diz respeito ao tratamento a ser conferido às hipóteses de declaração de inconstitucionalidade da lei penal que traga regras mais favoráveis ao agente.

Com efeito, pode ocorrer de a lei penal posterior, embora mais benéfica, ser inconstitucional.

A doutrina italiana costuma discutir a questão, sendo majoritário o entendimento que, nesta hipótese, apesar da inconstitucionalidade, devem ser aplicadas as normas da lei penal posterior benéfica¹⁶⁶.

O fundamento para tanto, estaria, conforme expõe Ferrando MANTOVANI, na opção pelo *favor libertatis* que, nesta

¹⁶⁴ BITENCOURT, C. R. Op. cit., p. 641.

¹⁶⁵ Neste sentido: SCHMIDT, A. Z., Op. cit., p. 219.

¹⁶⁶ PADOVANI, T. **Diritto penale**. 3 ed., Milano : Giuffrè, 1995, p. 61.

hipótese, estaria em conflito com o interesse à tutela da comunidade contra o exercício arbitrário do poder pela maioria parlamentar. Além do que, ao cidadão deve ser assegurado a possibilidade de conhecer, no momento da ação, aquilo que é permitido ou vedado¹⁶⁷.

Entre nós, Paulo José da COSTA JÚNIOR e Luiz Vicente CERNICCHIARO aderem às conclusões de Ferrando MANTOVANI, sustentando, ainda, que o aspecto meramente formal deve ficar num segundo plano, bem como que o erro do Estado, ao elaborar leis inconstitucionais, não deve redundar em prejuízo a ninguém¹⁶⁸.

A solução para a questão, todavia, está nos efeitos da declaração de inconstitucionalidade da lei penal benéfica.

Como se sabe, de um modo geral, a "decisão judicial [de inconstitucionalidade], segundo doutrina consagrada, é declaratória (declara um estado preexistente) e não constitutiva-negativa. O ato judicial não desconstitui (puro efeito revogatório) a lei tal como ocorre, por exemplo em outros modelos de fiscalização da constitucionalidade, mas apenas reconhece a existência de um ato viciado. E, por esse motivo, a decisão produz efeitos *ex tunc*, retroagindo até o nascimento da norma impugnada"¹⁶⁹.

Entretanto, a doutrina do direito constitucional sempre ressaltou a necessidade de se aceitar exceções ao dogma da

¹⁶⁷ MANTOVANI, F. Op. cit., p. 122.

¹⁶⁸ COSTA JÚNIOR, P. J. & CERNICCHIARO, L. V. Op. cit., p. 69-70.

¹⁶⁹ CLÈVE, C. M. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro**. 2 ed. São Paulo : RT, 2000, p. 244.

nulidade absoluta da lei inconstitucional, principalmente nos casos em que a eficácia *ex tunc* da declaração de inconstitucionalidade pudesse resultar na violação ao princípio da proteção da confiança¹⁷⁰. Assim, por exemplo, a teoria do funcionário de fato tem sido sustentada para negar-se a nulidade dos atos praticados por funcionário público investido em razão de lei inconstitucional¹⁷¹.

Outra exceção, esta expressamente consagrada na Constituição, encontra-se no princípio da coisa julgada, o que confere a imutabilidade às decisões proferidas com base na lei inconstitucional¹⁷², excluídas, obviamente, as condenatórias, sempre sujeitas à revisão criminal.

A questão ganhou maior visibilidade, entretanto, com a entrada em vigor da Lei nº 9.868/99 que dispôs sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, tendo em seu art. 27 preceituado que "ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado".

¹⁷⁰ Idem, p. 251

¹⁷¹ Id. Ibidem.

¹⁷² Idem, p. 253; MENDES, G. F. **Controle de constitucionalidade**. São Paulo : Saraiva, 1990, p. 280.

Assim, embora não se possa acatar, em adesão ao proposto por Lênio Luiz STRECK, a concessão de tamanho arbítrio ao Supremo Tribunal Federal, em razão de admitir que este especifique "para além do efeito *ex nunc* ou para aquém do efeito *ex tunc*, outra data para a eficácia da decisão de pronúncia de inconstitucionalidade"¹⁷³, é imperioso conferir à decisão declaratória de inconstitucionalidade da lei penal mais favorável o efeito *ex nunc stricto sensu* (a partir da decisão), o qual, na esteira do autor citado, é "praticado de desde há muito em Tribunais Europeus, na tradição da doutrina kelseniana"¹⁷⁴.

¹⁷³ STRECK, L. L. **Jurisdição constitucional e hermenêutica - uma nova crítica do direito**. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2002, p. 545 .

¹⁷⁴ Id. Ibidem.

4 SUCESSÃO DE LEIS PENAIS DISTINTAMENTE MAIS FAVORÁVEIS

4.1 CONTEXTUALIZAÇÃO DO TEMA

Talvez o problema relacionado com a sucessão de leis penais que, na atualidade, maior importância apresente, seja aquele relativo à sucessão de leis penais distintamente mais favoráveis.

Isto, não só por ser um tema reconhecidamente tormentoso, mas também, porque, como acentuado por Clèmerson Merlin CLÈVE¹⁷⁵, vive-se num período de crise da lei e inflação legislativa. Uma vez que o Estado atual deixa de ser mero garante dos cidadãos, passando a dirigir a economia e impondo políticas que conformam a vida de relação, "as leis nem sempre podem ser permanentes. Haverão de atender às características conjunturais, sempre mutáveis, da sociedade técnica"¹⁷⁶.

Assim, a atividade legislativa passa por um processo de multiplicação, o que torna a questão relacionada à sucessão de leis particularmente problemática.

No âmbito do direito penal, a situação mostra-se ainda mais intensa.

Afinal, ao mesmo tempo em que se defende e se adota,

¹⁷⁵ CLÈVE, C. M. **Atividade legislativa do poder executivo**. 2 ed, São Paulo : RT, 2000, p. 54.

¹⁷⁶ Id. Ibidem.

por um lado, algumas tímidas medidas despenalizadoras¹⁷⁷, por outro lado amplia-se "cada vez mais a intervenção em âmbito de interesses coletivos. Nesse tópico, pode-se constatar que nas mais diversas leis que são aprovadas, sempre há algum tipo penal introduzido nelas"¹⁷⁸.

As razões para esse comportamento, até certo ponto paradoxal por parte do legislador, variam desde a completa ausência de uma coordenação de política criminal¹⁷⁹, até a difusão de uma crença, tão falsa quanto comum, de que o direito penal é instrumento hábil de combate à criminalidade¹⁸⁰.

Essa dupla via legislativa de sinal contrário - ora despenalizando, ora endurecendo o tratamento penal de determinadas condutas -, faz com que o problema da sucessão de leis penais distintamente mais favoráveis ganhe em importância prática.

Assim, pode-se dizer que ocorre o fenômeno da sucessão de leis penais distintamente mais favoráveis quando entra em vigor lei que preceitua, simultaneamente, algumas regras

¹⁷⁷ Cite-se, como exemplo, a Lei nº 10.259/2001.

¹⁷⁸ CALLEGARI, A.L. **Imputação objetiva - lavagem de dinheiro e outros temas do direito penal**. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2001, p. 201.

¹⁷⁹ Com efeito, ao contrário do que ocorre em outras áreas do Direito, v.g. a do Direito Tributário, onde o Poder Executivo exerce uma coordenação da Política Fiscal, assumindo papel de destaque nas discussões a respeito de se estabelecer a melhor forma de se fazer o cidadão contribuir para a manutenção do aparelho estatal, no âmbito penal não se pode sequer dizer que a Política Criminal é equivocada, pela singela razão de que não há qualquer tendência de Política Criminal identificável, embora se responda sempre à ideologia dominante.

¹⁸⁰ MACHADO, L. A., Op. cit., p. 14.

penais mais graves e outras mais benéficas, se comparadas com as vigentes no momento em que o crime fora praticado.

Imagine-se a hipótese de a lei nova estabelecer para um determinado crime a pena de 1 (um) a 3 (três) anos de detenção sem, contudo, admitir a substituição da pena privativa de liberdade em restritiva de direito. Já a lei antiga, vigente à época da prática do crime, previa pena de 2 (dois) a 4 (quatro) anos de detenção, admitindo, todavia, a substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos.

Diante de tal situação, a doutrina tem proposto, basicamente, duas soluções. Uma primeira corrente sustenta que, nesse caso, cabe ao juiz aplicar as regras, em seu conjunto, da lei nova ou da lei antiga. Tudo vai depender da decisão a respeito de qual delas traz, em seu conjunto, as regras mais favoráveis ao agente. Defende-se, portanto, o critério da ponderação unitária¹⁸¹.

Assim, na hipótese acima aventada, deveria o aplicador verificar¹⁸² qual das duas leis, singularmente consideradas, ofereceria uma solução mais favorável. Portanto, se o réu cumprisse os demais requisitos para obter a substituição da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos, a lei antiga, integralmente, deveria ser aplicada. Ou seja, caberia ao magistrado dosar a pena privativa de liberdade tomando por

¹⁸¹ CARVALHO, A. T. Op. cit., p. 154.

¹⁸² Esta ponderação, segundo a maioria da doutrina, deve ser feita concretamente, ou seja, o juiz deve aplicar hipoteticamente ambas as leis ao caso concreto e aplicar, efetivamente, aquela que ofereça a melhor solução ao réu. Vide, por todos, ZAFFARONI, E. R. & PIERANGELI, J. H. Op. cit., p. 228.

base o mínimo de dois e o máximo de quatro anos e substituí-la por uma pena restritiva de direitos.

Por outro lado, caso o réu não cumprisse os demais requisitos para ser beneficiado pela substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos¹⁸³, a lei nova deveria ser aplicada porque é a que possibilita a aplicação da menor pena.

Segundo os partidários dessa corrente, não se poderia, em hipótese alguma, aplicar as normas mais favoráveis da lei anterior e, simultaneamente, as da lei posterior, porque isso configuraria a criação, por parte do juiz, de uma terceira lei diversa da anterior e da posterior.

Assim, argumenta-se que, tendo em vista o princípio da tripartição dos poderes, falece competência legislativa ao poder judiciário, razão pela qual estaria o juiz impossibilitado de criar uma terceira lei diversa daquelas em ponderação.

O Código Penal de 1969, embora não tenha entrado em vigor, adotou a tese da ponderação unitária em seu art. 2º, § 2º, ao estabelecer que "para se reconhecer qual a mais favorável, a lei posterior e anterior devem ser consideradas separadamente, cada qual no conjunto de suas normas aplicáveis ao fato".

Num sentido oposto, uma outra corrente sustenta que, diante da entrada em vigor de uma lei nova que traga normas mais favoráveis e, simultaneamente a elas, normas mais graves, cabe ao juiz aplicar as normas mais brandas da lei anterior e

¹⁸³ Por não ser primário, por exemplo.

as normas mais brandas da lei posterior. Trata-se do critério da ponderação diferenciada¹⁸⁴.

Assim, no exemplo acima mencionado, caberia ao juiz aplicar a pena privativa de liberdade de um a três anos de detenção e, além disso, substituir a pena privativa de liberdade aplicada pela restritiva de direitos.

Ao óbice oposto pela primeira corrente, sustenta-se que não estará o juiz exorbitando suas funções constitucionais, ao aplicar as normas mais favoráveis de uma e de outra lei porque a "norma do caso concreto é construída em função de um princípio constitucional com o próprio material fornecido pelo legislador"¹⁸⁵.

Adicionalmente, justifica-se tal prática diante da possibilidade de o magistrado aplicar apenas "parte da lei". Assim, ainda segundo José Frederico MARQUES "... se êle pode escolher, para aplicar o mandamento da Lei Magna, entre duas séries de disposições legais, a que lhe pareça mais benigna, não vemos porque se lhe vede a combinação de ambos para assim aplicar mais retamente a Constituição"¹⁸⁶.

Em posição intermediária encontra-se o pensamento de BASILEU GARCIA, o qual defende o critério da ponderação unitária como critério geral. Todavia, assinala que "... há casos em que sua observância estrita leva a consequências clamorosamente injustas, e será necessário temperá-lo com um

¹⁸⁴ CARVALHO, A. T. Op. cit., p. 154.

¹⁸⁵ MARQUES, J. F. **Curso de direito penal**. São Paulo : Saraiva, 1954, v.1, p. 192.

¹⁸⁶ Id. Ibidem.

pouco de equidade”¹⁸⁷.

O autor, entretanto, bem como seus seguidores¹⁸⁸, não fornece outro referencial além da equidade a indicar em que hipóteses estaria o juiz autorizado a realizar a ponderação diferenciada.

Como visto, a proposição do critério de ponderação unitária leva em consideração, basicamente, o princípio da tripartição dos poderes. Entende-se, nessa linha, que a aplicação retroativa das normas penais mais favoráveis constantes da lei anterior, bem como a aplicação das normas penais mais favoráveis da lei posterior, significaria a usurpação do poder legislativo por parte do juiz, o qual estaria, “... arvorado em legislador, formando uma terceira lei, dissonante, no seu hibridismo, de qualquer das leis em jogo”¹⁸⁹.

A questão, entretanto, parece não poder ser resolvida sem uma reflexão mais detida.

É certo que a invocação do princípio é válida para que se evitem abusos por parte do aplicador, quando da determinação da norma mais favorável a ser necessariamente aplicada.

Não obstante, a invocação do princípio da tripartição dos poderes, por si só, não é suficiente para se negar o

¹⁸⁷ GARCIA, B. **Instituições de direito penal**. 4.ed., São Paulo : Max Limonad, s/d, v. 1., t. 1, p. 148.

¹⁸⁸ Adotam o critério proposto por Basileu Garcia, entre outros, TOLEDO, F. A. Op. cit., p. 39; e VARGAS, J.C., Op. cit., p. 108.

¹⁸⁹ HUNGRIA, N. Op. cit., p. 110.

critério da ponderação diferenciada como o melhor, ainda que a ele se deva dar os devidos contornos.

Neste diapasão, verifica-se que, embora a doutrina não costume tratar a questão da sucessão de leis distintamente mais favoráveis, explicitamente, como uma questão afeta ao estudo da limitabilidade dos direitos fundamentais, a verdade é que, quando se afirma ser o critério da ponderação unitária o único capaz de compatibilizar a regra constitucional da retroatividade benéfica e o princípio da tripartição dos poderes, acaba-se por apresentar uma solução restritiva da retroatividade benéfica em prol do que seria a salvaguarda de um princípio constitucional que é o da tripartição dos poderes.

Sendo assim, cumpre investigar, tendo por base as contribuições doutrinárias do direito constitucional sobre o regime jurídico dos direitos fundamentais, até que ponto haveria, efetivamente, um conflito entre o princípio da tripartição de poderes e a regra da retroatividade benéfica, a ponto de justificar-se a restrição deste em prol daquele.

4.2 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO ART. 5º, XL, DA CR: CARACTERIZAÇÃO E CONSEQUÊNCIAS

Desde as Revoluções Liberais influenciadas pelo Iluminismo, até os dias atuais, as garantias e os direitos fundamentais passam a pertencer à essência do Estado

Democrático Constitucional¹⁹⁰. Com eles, no entanto "o Constitucionalismo do século XX logrou sua posição mais consistente, mais nítida, mais característica"¹⁹¹.

Nesta linha, a Constituição da República em vigor, especialmente em seu artigo 5º¹⁹², outorga aos indivíduos um rol significativo de direitos e garantias individuais. Dentre eles, interessam mais de perto ao presente trabalho aqueles descritos no inciso XL, quais sejam, o direito a que a norma penal mais grave não retroaja para prejudicar o réu e o direito à retroatividade da norma penal benéfica.

Sendo assim, a irretroatividade da norma penal mais grave, assim como a retroatividade da norma penal benéfica, são erigidas expressamente a regras de direito fundamental.

Da caracterização destas regras como normas de direito fundamental, extrai-se uma série de conseqüências, decorrentes do próprio regime jurídico constitucional dos direitos fundamentais, às quais cumpre fazer breve menção.

¹⁹⁰ LOEWENSTEIN. K. **Teoría de la constitución**. 2 ed. Tradução: Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona : Ariel, 1986, p. 395.

¹⁹¹ BONAVIDES, P. **Curso de direito constitucional**. 12 ed. São Paulo : Malheiros, 2002, p. 539-540.

¹⁹² Como bem salientam Luiz Alberto DAVID ARAÚJO e Vidal Serrano NUNES JÚNIOR os direitos fundamentais não se restringem àqueles arrolados no art. 5º, da Constituição da República. Há uma série deles que se encontram esparsos no texto constitucional. Dentre eles, cita-se o direito à saúde previsto no art. 6º e o direito à anterioridade tributária previsto no art. 150, III, "b", como já reconheceu o e. Supremo Tribunal Federal ao julgar a ADIn 939. (ARAÚJO. L. A. D. & SERRANO JÚNIOR, V. S. **Curso de direito constitucional**. 3 ed. São Paulo : Saraiva, 1999, p. 75-6). Isto sem falar no § 2º, do art. 5º, da CR que expressamente preceitua: "Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte".

Assim, antes de mais nada, os direitos fundamentais têm aplicação imediata conforme preceitua o § 1º, do art. 5º, da Constituição da República, ou seja, não demandam, salvo quando expressamente o texto constitucional o exigir, qualquer regra infraconstitucional a lhes dar conformação. Os direitos fundamentais têm, em resumo, afora as exceções¹⁹³, eficácia plena e aplicabilidade imediata¹⁹⁴.

Por outro lado, em razão da importância conferida aos direitos individuais, buscou o constituinte afastá-los da possibilidade de supressão ou alteração restritiva por parte de maiorias eventuais, inscrevendo-os no rol das cláusulas de eternidade da Constituição (art. 60, § 4º, IV)¹⁹⁵. Retirou-se, pois, os direitos individuais, do alcance do poder constituinte derivado, restringindo-lhe materialmente o poder de emendar a Constituição.

Além disso, a Constituição proíbe, em seu art. 68, § 1º, II, que se editem leis delegadas versando sobre direitos individuais. Assim, a conformação legislativa dos direitos individuais está infensa à delegação legislativa, reservando-se ao Parlamento, diante da relevância da matéria, lugar de

¹⁹³ Vide, por exemplo, os incisos XLI e XLII, do art. 5º, da CR. Entretanto, conforme salienta João Pedro GEBRAN NETO, mesmo nestes casos, ainda que o judiciário não possa substituir-se ao legislador tipificando a conduta, alguma concretização é possível, como por exemplo através ordem concreta impedindo conduta de discriminação racial. (GEBRAN NETO, J. P. **A aplicação imediata dos direitos e garantias individuais - a busca de uma exegese emancipatória**. São Paulo : RT, 2002, p. 181).

¹⁹⁴ SARLET, I. W. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 1998, p. 246.

¹⁹⁵ "Art. 60, § 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: (...) IV- os direitos e garantias individuais".

primazia na sua regulamentação.

Por outro lado, dentre as excepcionais hipóteses em que a Constituição permite a intervenção da União nos Estados membros e no Distrito Federal, está a de garantir os direitos fundamentais (art. 34, VII, "b"). Aqui, "tem-se uma hipótese em que a própria Carta Magna faz uma prévia ponderação de valores, atribuindo certa proeminência aos direitos fundamentais, mesmo diante da federação (que também é cláusula pétrea)"¹⁹⁶.

Ainda, os direitos fundamentais têm uma dimensão histórica relevante na sua caracterização, razão pela qual se costuma apontar como sendo uma de suas características a historicidade, ou seja, há uma cadeia histórica evolutiva que culmina num determinado direito fundamental¹⁹⁷. Tais condicionantes históricos, juntamente com os culturais, foram apontados por Ulrich Scheuner, em oposição aos métodos tradicionais da hermenêutica, como os adequados à compreensão do conteúdo objetivo de cada direito fundamental¹⁹⁸.

Os direitos fundamentais têm como característica, ademais, a universalidade, ou seja, são direitos que têm por destinatários "todos os seres humanos. Constituem uma preocupação generalizadora da raça humana. Logo, é impensável a existência de direitos fundamentais circunscritos a uma

¹⁹⁶ SCHIER, P. R. **Direito Constitucional - Anotações nucleares**. Curitiba : Juruá, 2001, p. 158.

¹⁹⁷ ARAÚJO, L. A. D. & NUNES JÚNIOR, V. S. Op. cit., p. 72.

¹⁹⁸ BONAVIDES, P. Op. cit., p. 546.

classe, estamento ou categoria de pessoas”¹⁹⁹.

São, ainda, irrenunciáveis. Os indivíduos não podem dispor dos direitos fundamentais. Isto não significa que não hajam direitos fundamentais cujo exercício pelo seu titular não possa ser postergado ou que se não possa deixar de exercer alguns deles temporariamente. A renúncia, todavia, é inadmissível^{200 201}.

Os direitos fundamentais são, ademais, imprescritíveis. Isto significa que esses direitos não se perdem pelo desuso ou pelo decurso do tempo²⁰².

Os direitos fundamentais são acumuláveis. Assim, pode haver a concorrência de diversos direitos fundamentais. Isto ocorrerá quando o comportamento de um mesmo indivíduo preencher os pressupostos de fato de vários direitos fundamentais²⁰³. Nessa hipótese, uma única situação será regulamentada por mais de um preceito constitucional e a definição do seu regramento, bem como de suas consequências

¹⁹⁹ ARAÚJO, L.A.D. & NUNES JÚNIOR, V.S. Op. cit., p. 72.

²⁰⁰ Id., p. 73. Os autores exemplificam com o direito à imagem: “Uma modelo pode permitir a utilização de sua imagem em campanha publicitária determinada, sem, contudo, autorizar a sua divulgação indeterminada”.

²⁰¹ Para os que adotam a tese da ponderação unitária, surge a questão de se verificar qual das leis, em seu conjunto, é a mais favorável ao réu para aplicá-la no seu todo. Diante disso, há quem sustente, em caso de dúvida, consultar o réu sobre qual das leis deverá ser aplicada. Essa prática, entretanto, colocaria em risco a irrenunciabilidade dos direitos fundamentais, na medida que o réu poderia escolher a pior disciplina jurídica. Sobre o tema: MACHADO, L.A. **Direito Criminal**. São Paulo : RT, 1987, p. 61.

²⁰² SCHIER, P. R. Op. cit., p. 156.

²⁰³ CANOTILHO, J. J. G. **Direito constitucional**. 5 ed, Coimbra : Almedina, 1991, p. 654-655.

jurídicas específicas, só será possível com a identificação de todas as normas de regência²⁰⁴.

No que diz com a interpretação dos direitos fundamentais, vige o princípio segundo o qual "em caso de dúvida, deve prevalecer a interpretação que, conforme os casos, restrinja menos o direito fundamental, lhe dê maior protecção, amplie mais seu âmbito, o satisfaça em maior grau"²⁰⁵. Trata-se do princípio da máxima efetividade dos direitos fundamentais²⁰⁶.

Os direitos fundamentais são, ainda, limitáveis, razão pela qual não são absolutos. Isto significa que, embora se deseje que cada direito fundamental se expresse de forma máxima, na prática pode não ser possível atender de maneira absoluta e concomitante todos os direitos fundamentais. Assim, pode ocorrer, num caso concreto, uma colisão entre um direito fundamental e um outro preceito constitucional, cuja solução implique na restrição daquele.

Entretanto, embora se possa afirmar que a limitabilidade é uma das características dos direitos fundamentais, importa ressaltar que a limitação concreta de um direito fundamental está sujeita à prévia verificação de uma série de condições, decorrentes de uma disciplina rigorosa, a fim de se certificar da efetiva necessidade de se atender a um outro preceito constitucional. Desta forma, pode-se dizer que

²⁰⁴ ARAÚJO, L. A. D. & NUNES JÚNIOR, V.S. Op. cit., p. 75.

²⁰⁵ CANOTILHO, J. J. G. & MOREIRA, V. **Fundamentos da constituição**. Coimbra : Coimbra, 1991, p. 143. No mesmo sentido: BONAVIDES, P. Op. cit., p. 547.

²⁰⁶ ARAÚJO, L. A. D. & NUNES JÚNIOR, V.S. Op. cit., p. 55.

a própria limitação dos direitos fundamentais está sujeita a limites.²⁰⁷

4.3 LIMITES À LIMITABILIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A restrição de um direito fundamental é "a limitação ou diminuição do âmbito material de incidência da norma concessiva, tornando mais estreito o núcleo protegido pelo dispositivo constitucional, interferindo diretamente no conteúdo do direito fundamental a que a norma visa proteger".²⁰⁸

Entretanto, nem todo limite de (ou a) um direito fundamental configura-se em restrição. Isto porque, o primeiro limite que um direito fundamental encontra está no seu próprio alcance material. Esse limite, nas palavras de Konrad HESSE, "é uma questão do seu 'âmbito da norma'"²⁰⁹.

Com efeito, há hipóteses em que apenas aparentemente haveria conflito ou colisão de direitos fundamentais, os quais

²⁰⁷ A propósito, Ernst-Wolfgang Böckenförde assevera que ocupou lugar de destaque no processo histórico de desenvolvimento dos direitos fundamentais como direitos subjetivos de liberdade, a questão a respeito de se estabelecer parâmetros e limites à limitabilidade dos direitos fundamentais por parte do legislador. (BÖCKENFÖRDE, E.W. **Escritos sobre derechos fundamentales**. Tradução: Juan Luis Requejo Pagés e Ignacio Villaverde Menéndez, Baden-Baden : Nomos Verlagsgesellschaft, 1993, p. 101-2).

²⁰⁸ SCHÄFER, J.G. **Direitos fundamentais - proteção e restrições**. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2001, p. 61.

²⁰⁹ HESSE, K. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. Tradução: Luiz Afonso Heck. Porto Alegre : Sérgio Antônio Fabris, 1998, p. 251.

poderiam ser resolvidos através da restrição de um ou de ambos deles. Por vezes, a solução está na descoberta daquilo que se costuma denominar por limites iminentes aos direitos fundamentais, ou seja, o problema "deve ser resolvido como problema de interpretação dos preceitos constitucionais que prevêem cada um dos direitos fundamentais. O que se pergunta em cada caso é se a esfera normativa do preceito em causa inclui ou não um (sic) certa situação ou modo de exercício, isto é, até onde vai o domínio de proteção (a hipótese) da norma"²¹⁰.

Afora isso, os direitos fundamentais, *a priori*, como bem refere Jairo Gilberto SCHÄFER, são dotados de cláusula de maximização, não lhes sendo própria a possibilidade de restrição²¹¹. A restrição é algo externo ao direito, que advém da necessidade de torná-lo compatível com outros preceitos constitucionais.

Sendo assim, os direitos fundamentais, uma vez que estão previstos na Constituição, só devem sofrer restrição por causa de uma outra norma constitucional²¹².

Isto porque há hipóteses em que o exercício de um direito fundamental por parte de um titular entra em choque, ou conflito, com outro direito fundamental, cujo exercício é

²¹⁰ ANDRADE, J. C. V. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. Coimbra : Almedina, 1998, p. 219.

²¹¹ SCHÄFER, J. G. Op. cit., p. 62.

²¹² ALEXY, R. **Teoria de los derechos fundamentales**. Tradução: Ernesto Garzón Valdés. Madrid : Centro de Estudios Constitucionales. 1993, p. 277; HESSE, K. Op. cit., p. 250.

afirmado por outro titular²¹³. Pode ocorrer, ainda, que o exercício de um direito fundamental entre em conflito com um outro direito constitucionalmente previsto ou, ainda, com outro interesse protegido no mesmo nível.

Nessas hipóteses, para salvaguardar outros direitos ou interesses protegidos pela Constituição, haverá a necessidade de se realizar um processo de conciliação, o que exige uma tarefa de ponderação ou concordância prática dos direitos e interesses em conflito²¹⁴.

A tarefa de realização da concordância prática entre direitos fundamentais em tensão pode se dar ou pela via legislativa ou pela via judicial direta. Na primeira hipótese, o legislador, antevendo situações concretas em que direitos fundamentais venham a se encontrar em situação de conflito, dita abstratamente soluções, impondo a prevalência específica de um em relação ao outro, limitando, conseqüentemente, um dos direitos em causa. Na segunda hipótese, é o Poder Judiciário quem realizará a tarefa.

Em ambas as hipóteses, todavia, algumas diretrizes precisam ser observadas.

Em primeiro lugar, é necessário que se não perca de mente o fato de que não há hierarquia entre direitos fundamentais. Uma vez previstos na Constituição e, não havendo hierarquia entre regras constitucionais, não se pode dizer

²¹³ Costuma-se citar como exemplo o fato de não ser incomum que o direito à informação entre em choque com o direito à privacidade, ou que o direito de opinião entre em conflito com o direito à honra de um outro titular.

²¹⁴ CANOTILHO, J. J. G. & MOREIRA, V. Op. cit. p. 134.

abstratamente que um direito fundamental seja mais importante e, portanto, deva prevalecer sempre sobre outro direito ou interesse constitucional. Mesmo nas hipóteses em que o legislador dita a regra de conformação, ainda assim isto ocorrerá tendo em vista uma situação de conflito previamente prevista. Ou seja, há sempre a necessidade de se estar diante de um conflito identificável. Não se pode, pois, abstratamente, declarar a prevalência de um direito fundamental em relação a outro.

Ademais, a solução do conflito deve-se pautar pela regra da máxima observância dos direitos fundamentais e sua mínima restrição possível²¹⁵.

Assim, necessário se faz estar atento ao princípio da proporcionalidade, segundo o qual a restrição operada a um direito fundamental não pode ultrapassar a medida necessária para o efeito de salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos. Com isto, busca-se evitar "nomeadamente as restrições desnecessárias, inaptas, ou excessivas de direitos fundamentais. Os direitos fundamentais só podem ser restringidos quando tal se torne *indispensável*, e *no mínimo necessário*, para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos"²¹⁶. Afinal, se o sacrifício de um valor constitucional não for necessário e adequado à salvaguarda de outro, não se está sequer diante de

²¹⁵ Id. Ibidem.

²¹⁶ Id. Ibidem

um verdadeiro conflito²¹⁷.

Por fim, ainda que se permita a restrição de um direito fundamental em prol de outro direito ou interesse constitucionalmente assegurado, será necessário salvaguardar, no mínimo, o núcleo ou conteúdo essencial do direito fundamental restringido²¹⁸. Isto significa que a restrição operada não pode ser de tal intensidade a ponto de aniquilar o direito restringido²¹⁹.

Em conclusão, pode-se dizer que a retroatividade benéfica e a irretroatividade maléfica são regras de direito fundamental, as quais se submetem ao regime jurídico acima apontado.

4.4 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO ART. 5º, XL, DA CR E A INEXISTÊNCIA DE CONFLITO COM O PRINCÍPIO DA TRIPARTIÇÃO DOS PODERES

O princípio da tripartição dos poderes, por outro lado, não impõe, porque desnecessário, a restrição do direito à irretroatividade da norma penal mais grave, ou ainda, o direito à retroatividade da norma penal menos grave.

Com efeito, é muito comum referir-se à retroatividade da lei penal mais favorável; à sua ultra-atividade quando for

²¹⁷ ANDRADE, J.C.V. Op. cit., p. 223.

²¹⁸ ALEXY, R. Op. cit., p. 286.

²¹⁹ CANOTILHO, J.J.G. Op. cit., p. 631.

posterior e trazer regras mais severas; ou mesmo à extra-atividade da lei intermédia mais branda.

A própria Constituição da República, no seu artigo 5º, XL, usa a expressão "a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu".

Nada obstante, é preciso estar atento ao fato de que a expressão lei é utilizada na Constituição de modo polissêmico. Sobre o tema, ainda que em análise ao texto da Constituição da República Portuguesa, Manoel Afonso VAZ explica

Que a palavra *lei* não tem aí significação unívoca, antes é aplicada de modo polissêmico, revela-o uma simples leitura do art. 115º da CRP. Ainda que não exceda a circunscrição de *acto legislativo*, das oito vezes que aí é aplicado, desdobra-se o termo lei em três significações distintas: (i) lei = acto legislativo da Assembléia da República (nºs 1, 2 e 4); (2) lei = lei (primeiro sentido) e decreto-lei (nº 6), sendo certos decretos-lei e leis qualificados de leis gerais da República (nºs 3 e 4); (3) lei = acto legislativo, integrando as leis, os decretos-leis e os decretos legislativos regionais (nºs 5 e 7). (...) Quando no art. 206º da CRP se dispõe que <<os tribunais são independentes e apenas estão sujeitos à lei>> a lei significa *norma jurídica*, qualquer que seja a sua forma de produção. Leis, nesse sentido, são as normas constitucionais, as normas constantes de decretos-lei, de decretos legislativos regionais, de convenções internacionais, de regulamentos, para além das normas constantes de leis *stricto sensu*. (grifo nosso)²²⁰

Sendo assim, uma vez que o significante lei não tem um sentido unívoco, é missão do intérprete, como bem ressalta Clémerson Merlin CLÈVE, encontrar o sentido dado à palavra lei em cada dispositivo constitucional²²¹.

²²⁰ VAZ, M. A. *Lei e reserva de lei*. Porto: UCL, 1992, p. 16. No mesmo sentido, CANOTILHO, J. J. G. Op. cit., p. 835.

²²¹ CLÈVE. C. M. *Atividade legislativa...*, p. 62. Em outra obra, o autor esclarece que "ora se usa o termo para designar uma norma jurídica qualquer, não

Nesta linha, chama-se a atenção para o fato de que a Constituição da República, quando diz que a lei penal retroagirá para beneficiar o réu, mais precisamente está a determinar que a *norma* penal deva ter uma aplicação retroativa para beneficiá-lo. Ou seja, a expressão lei foi ali empregada com o sentido de norma jurídica.

Até porque, a norma penal pode não advir necessariamente de uma lei. Por vezes advirá de um texto normativo de estatura superior (a Constituição) ou de um texto normativo de estatura inferior. Nem por isso deixará de estar sujeita aos princípios da irretroatividade da norma penal mais grave ou da retroatividade da menos grave²²². Tome-se, por exemplo, o preceito infralegal integrador da lei penal em branco.

Ademais, a lei, em si, "não é primacialmente uma actividade, nem uma regra, mas um *texto* ou uma *fórmula*, de certa maneira qualificados. *Lei é um texto significativo de uma ou mais regras jurídicas, emanado, com observância das formas eventualmente estabelecidas, da autoridade competente para pautar critérios normativos de solução de casos*

importa por meio de qual instrumento veiculada; ora se usa para designar apenas as normas jurídicas revestidas de alguns atributos, como a justiça ou a generalidade; ora se usa para identificar especialmente as normas jurídicas votadas pelo Parlamento; ora se usa com o sentido de ordem jurídica. Mesmo os documentos jurídicos não trazem precisão neste campo. Apanhe-se, por exemplo, a Constituição brasileira. A expressão é utilizada no art. 5º, *caput*, com o sentido de ordem jurídica ('Todos são iguais perante a lei [...]'); no art. 5º, XXXIX, aparece com sentido de ato legislativo votado pelo Parlamento - neste caso, com o sentido de lei ordinária - ('não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal')" (CLÈVE. C. M. **A fiscalização abstrata...** cit., p. 119).

²²² Há, por exemplo, uma série de normas formalmente constitucionais, de conteúdo penal, as quais não foram aplicadas retroativamente dada a maior gravidade de seu conteúdo. Dentre elas, a do art. 5º, XLIII, da CF.

concretos." (grifos nossos)²²³.

Partindo-se desta concepção que identifica a lei com o texto a ser interpretado, faz-se necessário explicitar, como o fizeram CANOTILHO e Vital MOREIRA, a diferença entre o texto e a norma:

O ponto de partida para evitar a confusão lexical existente neste terreno terá de basear-se na distinção rigorosa entre o preceito ("disposição", "formulação", "texto", "forma lingüística") e a norma (regra ou regras jurídicas nele contidas). Designar-se-á por "disposição" ou "preceito" o simples enunciado de um texto ou documento normativo; por "norma" o significado jurídico normativo do enunciado lingüístico. A disposição, preceito ou enunciado lingüístico é o objeto de interpretação; **a norma é o produto da interpretação.** (grifos nossos)²²⁴

Mais precisas e, não sem razão incisivas, são as palavras de Franco CORDERO:

Nessuno, con gli occhi aperti, crede più all'identità testo-norma, illusoriamente asserita dagli illuministi devoti alla 'Loi' e relativa mitologia, o alle fiabe spacciate dall'Ecole de l'exégèse sull'ermeutica-scienza esatta: da una formula escono tante norme quante sono le teste dissidenti; finchè non sopravvenga un fatto abrogativo, i testi durano immobili ma il senso muta e correlativamente variano le norme, nel tempo e nello spazio; in mano a un tribunale paranoicamente codino l'art. 528 c.p. incrimina anche <<Les fleurs du mal>>; letture ciniche o ispirate da zelo progresistico diluiscono qualunque oscenità. Il testo è un fatto grafico. Le norme sono prodotti mentali. I soli a non capirlo può darsi che

²²³ ASCENSÃO, J. O. Op. cit., p. 233. O autor toma como sinônimas as expressões regra jurídica e norma jurídica. Op. cit., p. 6.

²²⁴ MOREIRA, V. & CANOTILHO, J. J. G. Op. cit., p. 47. No mesmo sentido, sintetiza Octávio Campos FISCHER: "Assumindo estas lições, concorda-se que a norma jurídica é um modelo de ordenação material, de caráter vinculativo, prescrito pela ordem jurídica e formado pelo programa normativo mais o âmbito normativo. Não se confunde ela, portanto, com o texto normativo, não só porque é uma construção do sujeito cognoscente, mas, também, porque àquela não se restringe, muito embora encontre nele (no texto) um limite. (FISCHER, O. C. **Contribuição ao PIS**. São Paulo : Dialética, 1999, p. 31).

siano alcuni vecchi magistrati inclini alla protesta collerica. Non stiamo postulando una nichilistica equivalenza delle conclusioni: ne sfilano tante, variamente classificabili; alcune suonano bene, altre meno, in una gamma dall'ovvio al delirante; bisogna che le passiamo al vaglio ma, più o meno ragionevoli, contano quelle imposte dai banchi giudiziari²²⁵.

Neste sentido, o fato gráfico (o texto que pode ser uma lei, um decreto legislativo, uma medida provisória ou a própria Constituição), traz em si uma série de preceitos. Deles, através dos métodos de interpretação, o intérprete extrai as normas que serão aplicadas aos casos concretos.

A norma jurídica é, enfim, "o resultado da tarefa interpretativa. Vale dizer: o significado da norma é produzido pelo intérprete. Por isso dizemos que as disposições, os enunciados, os textos, nada dizem; eles dizem o que os intérpretes dizem que eles dizem [Ruiz e Cárcova]"²²⁶. É ela, a norma, portanto, que será aplicada.

²²⁵ CORDERO, F. **Guida alla procedura penale**. Torino: UTET, 1986. p. 17-18. Tradução: "Ninguém, com os olhos abertos, acredita mais na identidade texto-norma, ilusoriamente afirmada pelos iluministas devotos à 'Lei' e a relativa mitologia, ou fábulas difundidas pelas Escolas de exegese sobre a hermenêutica-ciência exata: a partir de uma fórmula nascem tantas normas quanto são as cabeças dissidentes; enquanto não sobrevenha um fato ab-rogativo, os textos continuam imutáveis mas o sentido muda e correlativamente variam as normas no tempo e no espaço; nas mãos de um tribunal paranoicamente (permanece???) o art.528 c.p. incrimina também <<Les fleurs du mal>>; leituras cínicas e inspiradas pelo zelo dos projetos diluem qualquer obscenidade. O texto é um fato gráfico. As normas são produtos mentais. Os únicos a não compreendê-las podem ser que sejam alguns velhos magistrados propensos ao protesto colérico. Não estamos postulando uma nihilística equivalência das conclusões: surgem tantas, várias classificações; algumas soam bem, outras menos, em uma gama do óbvio ao delirante; é necessário que as selecionemos de modo racional, incluindo aquelas impostas pelos bancos judiciais".

²²⁶ GRAU, E. R. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. São Paulo : Malheiros, 2002, p. 17.

Ainda, "podem existir normas sem enunciados, disposições ou formulações lingüísticas expressas. (...) Costumam também considerar-se normas sem enunciado (...) os princípios que não encontram expressa formulação no texto constitucional (...) mas que ressumam de várias normas ou princípios constitucionais"²²⁷.

Por outro lado, de um mesmo texto podem ser extraídas regras e normas distintas, conforme seu momento histórico. Nesse sentido, Luiz Alberto MACHADO, exemplifica com "o conceito de mulher honesta, sensivelmente diferente da época da promulgação do Código Penal de 1940, ainda vigente quanto à parte especial, e de hoje"²²⁸.

Vê-se portanto, que é da atividade interpretativa que se constrói a norma jurídica, razão pela qual não é a lei que é aplicada ao caso concreto, mas sim a norma.

José de OLIVEIRA ASCENSÃO, nesse sentido, ressalta:

Também a determinação da regra aplicável se não confunde com a própria aplicação.

Pela primeira busca-se determinar quais regras existentes no ordenamento jurídico, através do exame do conjunto de fontes que actuam naquele ordenamento.

A aplicação da regra confunde-se por vezes com esta operação, mas indevidamente. Para haver aplicação tem de se pressupor conhecida a regra, portanto a aplicação é logicamente posterior à determinação da regra.²²⁹

²²⁷ CANOTILHO, J. J. & MOREIRA, Vital. op. cit., p. 48.

²²⁸ MACHADO, L. A. Op. cit., p. 53. Embora o autor utilize o exemplo num outro contexto o exemplo é válido, também, para distinguir norma de texto.

²²⁹ ASCENSÃO, J. O. op. cit, p. 341.

Em sentido contrário, quanto ao momento em que ocorrerá a aplicação da norma, Eros Roberto GRAU salienta que "esiste, così, un'equazione tra l'interpretazione e l'applicazione. Non ci troviamo qui di fronte a due momenti distinti, bensì innanzi a una sola operazione (Marì, 1991, p. 236). **Interpretazione e applicazione si sovrappongono.** (grifos nossos)"²³⁰.

Seja como for, o que se ressalta da afirmação de ambos os autores citados é que é a norma - o produto da interpretação que tem por objeto a lei -, que será aplicada ao caso concreto, ocorra a interpretação antes ou concomitantemente à sua aplicação.

Ora, se é a norma penal que será aplicada ao caso concreto, é ela que está sujeita aos princípios constitucionais que proíbem sua irretroatividade quando mais grave e impõem sua retroatividade quando mais benéfica.

Sendo assim, uma vez que de uma única lei podem ser extraídas diversas normas, não há fundamento razoável para que se condicione a retroatividade de uma norma penal favorável à igual retroatividade das demais normas extraíveis do mesmo texto, ainda que estas últimas não sejam igualmente mais favoráveis.

Nem mesmo a invocação do princípio constitucional da tripartição dos poderes é capaz de forjar um conflito constitucional ensejador da restringibilidade dos direitos

²³⁰ GRAU, E. R. **La doppia destrutturazione del diritto**. Milano : Unicopli, 1996, p. 62. Tradução do texto: "Existe, assim, uma equação entre a interpretação e a aplicação. Não nos encontramos, aqui, defronte de dois momentos distintos, bem assim e antes de uma só operação (Marì, 1991, p. 236). Interpretação e aplicação se sobrepõe".

fundamentais previstos no art. 5º, XL, da Constituição da República.

Afinal, o máximo que se poderia sustentar, na esteira desse princípio - levando-o, efetivamente, às últimas conseqüências -, seria a impossibilidade de criação de leis por parte do Poder Judiciário.

Nada obstante, ainda que se pudesse partir de uma concepção ultrapassada a respeito da interpretação da lei - partindo-se, conseqüentemente, da não aceitação da interpretação enquanto ato de criação do intérprete²³¹ -, não há como se confundir a lei com a norma dela extraível.

Nesse sentido, Francesco ALIMENA, citado por Américo TAIPA DE CARVALHO, já dizia, em resposta àqueles que sustentavam a impossibilidade da ponderação diferenciada com base na tripartição de poderes, "que tal objecção era infundada, pois, como é evidente, o juiz, no caso em exame, *não legisla nada*"²³².

Frederico MARQUES, por sua vez e ao seu modo, não deixou de consignar a inconsistência da alegação de criação judicial:

Dizer que o Juiz está fazendo lei nova, ultrapassando assim suas funções constitucionais, é argumento sem consistência, pois o julgador, em obediência a princípios de equidade consagrados pela própria Constituição, está apenas **movimentando-se dentro dos quadros legais para uma tarefa de**

²³¹ Sobre o tema, ver o trabalho de BERBERI, M. A. L. **Os princípios na teoria do direito**. Curitiba, 2002. 160 f. Dissertação (Mestrado em Direito das Relações Sociais) - Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná.

²³² ALIMENA, F. **Le Condizioni di punibilità**. Milano : Giufrè, 1938, p. 237-9, *apud* CARVALHO, A. T. Op. cit., p. 159.

integração perfeitamente legítima(grifos nossos)²³³.

Por outro lado, não há como se negar que a adoção do critério unitário de ponderação leva, necessariamente, à restrição de um ou outro dos comandos constitucionais reitores da aplicação da norma penal no tempo.

Ao se aplicar todas as normas, mais graves e mais brandas, extraídas da lei nova, porque se chegou à conclusão que esta, no seu conjunto, é a melhor, restringe-se, necessariamente, o comando constitucional que proíbe a retroatividade das normas mais graves.

Do contrário, ao se negar a aplicação retroativa das normas mais brandas extraíveis da lei nova, por se entender mais benéficas, no seu conjunto, as normas da lei anterior, restringe-se, necessariamente, o comando constitucional que determina a retroatividade das normas mais benéficas.

Nesta linha, a violação ao princípio da legalidade, que a adoção do critério de ponderação unitária acarreta, não passou despercebida por Günther JAKOBS, quando assevera que

La solución que atiende a la alternatividad tampoco respeta el principio de legalidad, y ello cuando, por una parte, la ley vigente en el momento de sentenciar es más favorable en lo esencial, pero a la vez prevé reacciones obligatorias que no se hallan en la ley del momento del hecho. Por otra parte, la solución criticada infringe el principio de la legalidad cuando el cómputo de la pena con arreglo a la ley del momento de dictar sentencia ciertamente ya favorece al autor, pero en algunas fases del cálculo lo perjudica en una medida excesiva

²³³ MARQUES, J.F., Op. cit, p. 192. No mesmo sentido, DOTTI, R. A. **A retroatividade da lex mitior e o critério da combinação de leis.** In *Justiça Penal - 10 anos da Constituição e a Justiça Penal.* São Paulo : RT, 1999, p. 348.

en comparación con la ley del momento del hecho.²³⁴

Desta forma, por se tratarem as regras da retroatividade benéfica e da irretroatividade gravosa de regras de direito fundamental, a sua restrição somente seria possível se fosse efetivamente necessário para a compatibilização com outro interesse constitucionalmente protegido.

Entretanto, tais direitos fundamentais convivem em perfeita harmonia com o princípio da tripartição dos poderes, razão pela qual não se justifica a restrição operada com a adoção do critério da ponderação unitária.

O conflito apontado, como visto, não é real.

Sendo assim, prevalece - e deve prevalecer - o princípio da máxima efetividade dos direitos fundamentais, o que faz surgir como mais adequada a adoção do critério da ponderação diferenciada, por ser o único que efetivamente atende aos comandos previstos nos incisos XXXIX e XL, do artigo 5º, da Constituição da República.

4.5 PONDERAÇÃO UNITÁRIA E TÉCNICA LEGISLATIVA.

²³⁴ JAKOBS, G. Op. cit., p. 125-6. Tradução: "A solução que atende a alternatividade tampouco respeita o princípio da legalidade, e isso quando, por uma parte, a lei vigente no momento de sentenciar é mais favorável no essencial, mas ao seu turno prevê respostas obrigatórias que não se acham na lei no momento do fato. Por outro lado, a solução criticada infringe o princípio da legalidade quando o cômputo da pena com base na lei do momento da sentença certamente favorece ao autor, mas em algumas fases do cálculo o prejudica em uma medida excessiva em comparação com a lei do momento do fato".

Por outro lado, o critério da ponderação diferenciada é o que menos arbítrio admite ao legislador quando da efetivação de reformas na legislação penal.

Como se sabe, nem sempre as reformas legislativas se fazem pela aprovação de uma única lei. No âmbito do direito penal, por exemplo, pode-se dizer que a última reforma efetivamente significativa deu-se quando da edição da Lei nº 7.209/84, a qual reformulou, em diversos aspectos, a Parte Geral do Código Penal vigente.

Não obstante, depois disso, o Código Penal vigente veio sofrendo uma série de alterações pontuais²³⁵, que foram se sucedendo no tempo através de leis distintas. Para além disso, no âmbito da legislação extravagante, diversas foram as alterações da disciplina penal.

Há de se chamar a atenção para o fato de que a veiculação de uma série de normas penais em apenas uma, ou em várias leis, é matéria que fica ao exclusivo alvedrio do legislador, o qual se pauta por critérios de técnica legislativa, aos quais, sabe-se, não está vinculado.

Não há, no ordenamento constitucional brasileiro, qualquer norma que imponha ao legislador um limite nesse sentido.

Sendo assim, o legislador penal é livre para escolher, quando da necessidade de se introduzir diversas normas penais no ordenamento jurídico, se o fará por meio de uma única, ou

²³⁵ Vide, por exemplo, a introdução dos tipos dos artigos 168 - A (apropriação indébita previdenciária); 216 - A (assédio sexual); 359 A a H (crimes contra as finanças públicas), dentre outros tantos.

por meio de várias leis.

A opção, por uma ou por outra via, é meramente formal e, na mais das vezes, sem maiores conseqüências²³⁶.

O mesmo já não pode ser dito quando se faz uma opção pelo critério da ponderação unitária. Por esse critério, a opção legislativa de se introduzir uma série de normas penais - algumas mais favoráveis e outras desfavoráveis -, por meio de uma ou de várias leis, traduz-se numa sensível diferença de tratamento aos casos em julgamento.

Afinal, se fosse a integralidade das normas extraíveis de uma lei, no seu conjunto, que devessem retroagir, uma eventual opção legislativa de introduzir uma norma em cada lei, traria, na prática, muito mais benefícios ao réu, do que se a opção fosse pela introdução de todas elas numa única lei.

Assim, chega-se à conclusão que o critério da ponderação unitária, se levado às últimas conseqüências, acaba por deixar ao completo alvedrio do legislador o limite da efetividade das normas constitucionais extraíveis do art. 5º, XL, da Constituição Federal, às quais, como referido acima, submetem-se ao princípio da máxima eficácia.

²³⁶ Tome-se, por exemplo, o ciclo de reformas que vem sofrendo o Código de Processo Civil. A opção por reformas parciais, através de diversas leis, decorre, dentre outras razões, da maior facilidade de se aprovar uma lei que veicule um número menor de normas. Cf. DINAMARCO, C. R. **A reforma do código de processo civil**. São Paulo : Malheiros, 1995, p. 29. A opção pelas reformas parciais, no âmbito do direito processual penal, por sua vez, não escapou da procedente crítica de Jacinto Nelson de Miranda COUTINHO, para quem, "as reformas parciais não têm sentido quando em jogo está uma alteração respeito à estrutura como um todo", razão pela qual a opção por reformas parciais acaba por mostrar-se uma opção por um dado modelo de reforma (COUTINHO, J. N. M. **Efetividade do processo penal e golpe de cena - um problema às reformas processuais**. In. Escritos de direito e processo penal em homenagem ao Professor Paulo Cláudio Tovo. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2002, p. 140-141).

Como exemplo, imagine-se a mesma hipótese ventilada no início do presente capítulo, onde a lei vigente à época de um crime qualquer estabelece pena de detenção que varia de dois a quatro anos, admitindo, ainda, a substituição da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos.

O legislador, intentando modificar disciplina jurídico-penal do referido crime, opta por reduzir a pena para detenção de um a três anos, eliminando, entretanto, a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade.

Para os que adotam o critério da ponderação diferenciada, não faz a menor diferença a eventual opção do legislador por veicular esses dois enunciados normativos - pena de um a três anos e impossibilidade de substituição -, em uma única ou em duas leis distintas.

Já para os que adotam a ponderação unitária, caso ambos os enunciados normativos sejam veiculados numa única lei, será ela, "no conjunto de suas normas aplicáveis ao fato"²³⁷, que deverá ser considerada para a aferição de maior benignidade. A solução para o caso, portanto, seria, ou aplicar a pena de dois a quatro anos substituindo-a pela restritiva de direitos, ou aplicar a pena de um a três anos sem substituição.

Do contrário, ainda sob a ótica da ponderação unitária, se os enunciados normativos fossem veiculados, cada qual por uma lei distinta - ainda que contemporâneas -, a solução para o caso seria a aplicação de uma pena de detenção de um a três anos, substituindo-a pela pena restritiva de direitos.

Também sob esta ótica, o critério da ponderação

²³⁷ Conforme determinava o art. 2º, § 2º, do Código Penal de 1969.

diferenciada apresenta-se como o melhor. Isto porque, se há critérios distintos de aplicação temporal para a norma penal benéfica e para a norma penal menos favorável, não pode ser a, pura e simples, opção legislativa de introduzir os preceitos dos quais se extrairão as normas a serem aplicadas em um único texto, que poderá restringir o comando constitucional da retroatividade benéfica ou o da irretroatividade maléfica.

Poder-se-ia objetar, é bem verdade, que o legislador teria legitimidade para decidir se daria um tratamento mais ou menos rigoroso às situações de intertemporalidade e que, a opção por uma ou mais de uma lei, seria uma forma indireta de assim dispor.

Nada obstante, ainda assim, o critério de ponderação unitária, nesta medida, acaba por privilegiar o aspecto meramente formal, ou seja, o veículo de introdução de direito novo no ordenamento jurídico - no caso, a lei -, e não o seu conteúdo, ou seja, as disposições normativas dela extraíveis.

4.6 CRÍTICA À UTILIZAÇÃO DO ARGUMENTO "A MAIORI AD MINUS"

Na disputa doutrinária que se trava a respeito de qual dos critérios - se o da ponderação unitária ou se o da ponderação diferenciada -, corresponde melhor à ordem constitucional vigente, freqüentemente, os partidários do critério da ponderação diferenciada se valem do argumento "a maiori ad minus" para justificar sua opção doutrinária.

Segundo José de OLIVEIRA ASCENSÃO no processo de

determinação das normas aplicáveis o aplicador normalmente se vale da interpretação enunciativa, a qual, por sua vez "pressupõe a prévia determinação de uma regra. Muitas vezes, a partir dessa regra consegue-se chegar até outras que nela estão implícitas, e que suprem assim a falta de expressa previsão das fontes. O que caracteriza a interpretação enunciativa é limitar-se a utilizar processos lógicos para esse fim"²³⁸.

Dentre os processos lógicos utilizáveis para extrair de uma norma explícita outra implícita está o argumento jurídico, ou seja, "um raciocínio mediante o qual se intenta provar uma tese ou refutá-la, persuadindo ou convencendo alguém da sua verdade ou validade"²³⁹.

Nesta posição coloca-se o argumento "a maiori ad minus", o qual procura demonstrar "que aquilo que é aceito e reconhecido num caso deve ser aceito e reconhecido com mais razão ainda num segundo. A relação envolve e se apóia, sem dúvida, em um juízo de valor e na construção de hierarquias"²⁴⁰.

Assim, dizer que a norma que permite o mais, com muito mais razão permite o menos, significa utilizar-se de um argumento "a maiori ad minus". Através dele, "se deduce de la validez de un precepto jurídico para un grupo de supuestos de hecho comprendidos en un concepto superior determinado, su

²³⁸ ASCENSÃO, J. O. Op. cit., p. 377.

²³⁹ FERRAZ, T. S. Op. cit, p. 306.

²⁴⁰ Id, p. 312.

validez para otros casos que pueden subsumirse igualmente en el mismo concepto superior"²⁴¹.

José de OLIVEIRA ASCENSÃO exemplifica, ainda, salientando que "quem está autorizado a entrar em competições desportivas pode também treinar; quem pode caçar pode apoderar-se das peças abatidas; e assim por diante"²⁴².

Neste passo, não é raro encontrar na doutrina raciocínio semelhante em defesa do critério da ponderação diferenciada. Damásio Evangelista de JESUS, por exemplo, argumenta apontando "razões ponderáveis no sentido de que se apliquem as disposições mais favoráveis das duas leis, pelo menos em casos especiais. Se o Juiz pode aplicar o 'todo' de uma ou outra lei para favorecer o sujeito, não vemos por que não possa escolher parte de uma e de outra para o mesmo fim, aplicando o preceito constitucional"²⁴³.

Por certo, não há que se opor óbice à opção pelo critério da ponderação diferenciada, o qual efetivamente é o que melhor atende aos preceitos constitucionais em discussão.

Não obstante, o argumento utilizado, segundo o qual o juiz pode aplicar apenas uma parte da lei porque pode aplicá-la em sua totalidade não serve à defesa da tese sustentada.

²⁴¹ JESCHECK, H. H. **Tratado de derecho penal**. Tradução: S. Mir Puig e F. Muñoz Conde, Barcelona : BOSCH, 1978, p. 206. Tradução: "Deduz-se da validade de um preceito jurídico para um grupo de hipóteses fáticas compreendidas num conceito superior determinado, sua validade para outros casos que podem subsumir-se igualmente no mesmo conceito superior".

²⁴² ASCENSÃO, J. O., Op. cit., p 378.

²⁴³ JESUS, D.E. **Direito penal**. Vol.1, 20 ed., São Paulo : Saraiva, 1997, p. 92.

Isto porque, ao juiz não é facultado aplicar a lei. O aplicador, diante de uma lei que traga normas mais benéficas do que as vigentes à época do crime, tem o poder²⁴⁴ de aplicar as normas dela extraíveis em favor do réu.

Não se trata, enfim, de uma faculdade discricionária atribuída ao magistrado²⁴⁵, aplicar em favor do réu a lei mais benéfica. Trata-se de um dever, ao qual corresponde o respectivo direito público subjetivo do réu de receber o tratamento mais benéfico instituído.

Portanto, quando se utiliza do argumento "a maiori ad minus", parte-se de uma premissa equivocada, qual seja, a de que aplicar toda a lei seria uma faculdade do julgador, quando, na verdade, é de um poder que se trata.

Em conclusão, pode-se dizer que o critério da ponderação diferenciada é o melhor dentre os propostos, todavia, o argumento "a maiori ad minus" não serve para lhe dar sustentação.

4.7 PONDERAÇÃO DIFERENCIADA, COMBINAÇÃO DE LEIS E SEUS LIMITES

A adoção do critério da ponderação diferenciada não deve conduzir à crença de que o juiz, na determinação das normas mais favoráveis a serem aplicadas, possa extraí-las da

²⁴⁴ Sobre a diferença entre poder e faculdade: CORDERO, F. Op. cit., p. 16.

²⁴⁵ Sobre o tema da discricionariedade judicial ver COUTINHO, J. N. M. **Discrição judicial na dosimetria da pena - fundamentação suficiente.** In Revista do Instituto dos Advogados do Paraná, nº 21, Curitiba.

conjugação de enunciados da lei anterior com os da lei posterior.

Por esta razão, há de se adotar a denominação **ponderação diferenciada** e não as designações mais comuns na doutrina, quais sejam, **combinação** ou **conjugação de leis**, adotadas mesmo por aqueles que não abraçam o critério unitário²⁴⁶.

Com efeito, o verbo combinar significa "juntar, reunir, em certa ordem"²⁴⁷. Por sua vez, o verbo conjugar significa "unir, ligar, combinar"²⁴⁸.

Ao se levar em conta o critério da ponderação diferenciada, vê-se que os significantes **combinação de leis** ou **conjugação de leis** não são os mais adequados para designar aquilo que se propõe com o referido critério.

Afinal, não se junta duas leis, nem mesmo se reúne uma lei com outra. O que se faz, apenas, é aplicar normas extraíveis da lei anterior e normas extraíveis de leis posteriores, sempre as mais benéficas, em razão da disposição constitucional.

Nesta linha, é preciso ressaltar que essas normas não podem ser extraídas de um texto que tenha sido o resultado de uma combinação de expressões ou palavras isoladas que tenham sido pinçadas do texto da lei anterior e da lei posterior.

Em outras palavras, não pode o juiz rescrever um

²⁴⁶ Vide, por todos, BITENCOURT, Op. cit., p. 109.

²⁴⁷ FERREIRA, A. B. H. **Novo Aurélio século XXI - O dicionário da língua portuguesa**. 3 ed., Rio de Janeiro : Nova Fronteira, 1999, p. 506.

²⁴⁸ Id., p. 530.

terceiro texto com as palavras da lei anterior e das posterior e, a partir do texto rescrito, extrair normas mais favoráveis para aplicá-las.

Afinal, não se pode, como parece elementar, tomar ambas as leis, como se vigência contemporânea tivessem, e aplicar uma norma construída a partir de ambas.

Com efeito, tal agir conferiria razão às críticas ordinariamente formuladas ao critério da ponderação diferenciada, segundo a qual o juiz estaria se arvorando na condição de legislador.

Sendo assim, há que se demarcar bem o limite do critério da ponderação diferenciada: o juiz pode aplicar a um mesmo caso as normas mais favoráveis extraíveis da lei anterior e as normas mais favoráveis extraíveis da lei posterior. Todavia, deverá extrair cada norma da lei anterior ou da lei posterior²⁴⁹. Jamais poderá extrair **uma** norma de ambas as leis.

Günther JAKOBS, embora partindo da consideração da violação ao princípio da legalidade que o critério da ponderação unitária promove, chega a conclusão semelhante à aqui adotada, quando diz que "... la determinación de la ley más favorable ha de llevarse a cabo por separado para cada clase de reacción y para cada fase de la determinación, de modo que puede haber que aplicar, en función de cada reacción penal o de la fase de cómputo en cuestión, distintas leyes

²⁴⁹ Leis estas que devem ser vistas, não se olvida, como parte de um sistema.

como en cada caso más favorables."²⁵⁰

Igualmente, Américo TAIPA DE CARVALHO, para quem é "...exigível que o juiz proceda a uma avaliação particularizada, isto é, a uma ponderação das diferentes componentes da responsabilidade penal: pena principal, penas acessórias e efeitos penais da condenação."²⁵¹.

²⁵⁰ JAKOBS, G. Op. cit., p. 126. Tradução: ... a determinação da lei mais favorável há de levar-se a cabo separadamente para cada classe de reação e para cada fase da determinação, de modo que pode haver que aplicar, em função de cada reação penal ou da fase do cômputo em questão, distintas leis como em cada caso mais favoráveis.

²⁵¹ CARVALHO, A.T. Op. cit., p. 158.

5 CONCLUSÕES

1. O princípio da legalidade penal tem sua origem histórica nos movimentos liberais-iluministas que visavam a limitação ao poder estatal de avançar sobre a liberdade individual.

2. São corolários do princípio da legalidade penal o princípio da anterioridade, o princípio da tipicidade, o princípio da proscrição da incriminação pelos costumes e o princípio da proscrição da incriminação pela analogia.

3. Admite-se a analogia *in bonam partem*.

4. A analogia e a interpretação analógica são realidades distintas, sendo esta admitida no direito penal.

5. Os costumes exercem papel importante na interpretação da lei penal reinserindo os tipos historicamente.

6. A irretroatividade da norma penal mais grave decorre logicamente do princípio da legalidade.

7. Para o direito penal, assim como ocorre ordinariamente para o direito como um todo, a regra geral de aplicação da norma penal no tempo é a do *tempus regit actum*, entendendo-se por *actus* o crime.

8. As duas regras básicas da aplicação da norma penal no tempo são: irretroatividade da norma mais grave e retroatividade da norma benéfica.

9. A retroatividade da norma penal benéfica não viola o princípio da legalidade, ao contrário, reafirma sua *ratio* que é tutela da liberdade individual frente ao abuso do poder punitivo estatal.

10. O direito penal democrático se assenta na intervenção mínima na liberdade individual. Somente é legítima a intervenção pena nas hipóteses em que seja necessário tutelar um bem jurídico importante, visando prevenir uma conduta a ele violadora e sobre a qual recaia um desvalor ético-social intenso.

11. Quando entra em vigor uma lei penal que reduz o poder punitivo estatal, seja retirando uma conduta do rol das condutas criminosas, seja dispensando um tratamento mais benéfico, não há qualquer razão para que se mantenha o tratamento anteriormente dispensado, uma vez que o Estado não pode prever crimes apenas para testar a obediência de seus cidadãos.

12. O Código Penal adotou a teoria da atividade em relação ao tempo do crime.

13. Aplicam-se as normas penais mais graves decorrentes de lei que entra em vigor durante a execução do crime continuado, crime permanente, crime habitual e crime plurissubjetivo.

14. A aplicação das normas da lei penal temporária ou excepcional aos crimes praticados durante a sua vigência, mesmo que não estejam mais em vigor, não é uma exceção à regra da retroatividade benéfica.

15. Aplicam-se às normas do preceito extrapenal complementador da lei penal em branco as mesmas regras que regem a aplicação da norma penal no tempo.

16. Ocorrendo a sucessão de diversas leis penais, aplicam-se as normas mais benéficas extraíveis da lei penal intermédia, ainda que não tenha estado em vigor nem no momento

do crime, nem no momento do julgamento.

17. Não se aplicam as normas mais benéficas decorrentes de lei em período de "vacatio legis".

18. A lei penal que inove o ordenamento jurídico de forma mais grave não pode prever cláusula de vigência imediata.

19. As normas decorrentes de lei penal interpretativa não retroagem.

20. Aplicam-se as regras que regem a lei penal no tempo à medida de segurança.

21. A declaração de inconstitucionalidade da lei penal que traga normas mais benéficas tem efeitos "ex nunc".

22. Lei e norma penal são realidades distintas que não se confundem.

23. As regras da retroatividade da norma penal benéfica e da irretroatividade da norma penal mais grave são regras de direito fundamental e, como tais, sujeitas ao princípio da máxima eficácia.

24. Os direitos fundamentais só devem sofrer limitações na medida necessária - e proporcionalmente - para o fim de não se anular um outro direito de hierarquia constitucional.

25. É a norma penal que retroage e não a lei penal.

26. O princípio da tripartição dos poderes não entra em conflito com as regras da retroatividade da norma penal benéfica e irretroatividade da norma penal mais grave.

27. Portanto, as regras da retroatividade benéfica da norma penal e da irretroatividade da norma penal mais grave não podem sofrer restrições em nome da preservação do princípio da tripartição dos poderes.

28. O critério da ponderação diferenciada é o que mais atende às regras constitucionais a respeito da eficácia temporal das normas penais, quando se está diante da sucessão de leis penais distintamente mais favoráveis.

29. O argumento "a maiori ad minus" não é válido para sustentar teoricamente o critério da ponderação diferenciada.

30. A pretexto de aplicar as normas mais favoráveis da lei anterior e as mais favoráveis da lei posterior, o intérprete não pode rescrever o texto legal e deste novo texto extrair normas. As normas devem ser extraídas ou do texto normativo anterior, ou do texto normativo posterior.

6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, R. **Teoria de los derechos fundamentales**. Tradução: Ernesto Garzón Valdés., Madrid : Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

ALMEIDA, L. **Código penal alemão**. São Paulo : José Bushatsky, 1974.

ANDRADE, J. C. V. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. Coimbra : Almedina, 1998.

ARAÚJO, L. A. D. & SERRANO JÚNIOR, V. S. **Curso de direito constitucional**. 3 ed., São Paulo : Saraiva, 1999.

ASCENSÃO, J. O. **O direito - introdução e teoria geral : uma perspectiva luso-brasileira**. Lisboa : Fundação Calouste Gulbenkian, 1978.

BACIGALUPO, E. **Principios de derecho penal**. 4 ed., Madrid : Akal, 1997.

BARROSO, L. R. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**. 2 ed., Rio de Janeiro : Renovar, 1993.

BATISTA, N. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 4 ed., Rio de Janeiro : Renavam, 1999.

BECCARIA, C. **Dos delitos e das penas**. Tradução: Torrieri Guimarães, São Paulo : Hemus, s/d.

BERBERI, M. A. L. **Os princípios na teoria do direito**. Curitiba, 2002. 160 f. Dissertação (Mestrado em Direito das Relações Sociais) - Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná.

BITENCOURT, **Manual de direito penal**. 6 ed., São Paulo : Saraiva, 2000.

BOBBIO, N. **Teoria do ordenamento jurídico**. Tradução: Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos, 6 ed., Brasília : Editora UNB, 1995.

BÖCHENFÖRDE, E. W. **Escritos sobre derechos fundamentales**. Tradução: Juan Luis Requejo Pagés e Ignacio Villaverde Menéndez, Baden-Baden : Nomos Verlagsgesellschaft, 1993.

BONAVIDES, P. **Curso de direito constitucional**. 12 ed., São Paulo : Malheiros, 2002.

BRUNO, A. **Direito Penal T.1**. 3 ed., Rio de Janeiro : Forense, 1967.

CALLEGARI, A. L. **Imputação objetiva - lavagem de dinheiro e outros temas do direito penal.** Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2001.

CALLEJÓN, F. B. **Fuentes del derecho.** Madrid : Tecnos, 1991.

CANOTILHO, J. J. G. **Direito constitucional.** 5 ed, Coimbra : Almedina, 1991.

CANOTILHO, J. J. G. & MOREIRA, V. **Fundamentos da constituição.** Coimbra : Coimbra Editora, 1991.

CARVALHO, A. T. **Sucessão de leis penais.** Coimbra : Coimbra Editora, 1990.

CARVALHO, S. **Pena e garantias - uma leitura do garantismo de Luigi Ferrajoli no Brasil.** Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2001.

CLÈVE, C. M. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro.** 2 ed. São Paulo : RT, 2000.

CLÈVE, C. M. **Atividade legislativa do poder executivo.** 2 ed., São Paulo : RT, 2000

CONDE, F. M. & ARÁN, M. G. **Derecho penal.** 2 ed., Valencia : Tirant lo blanch, 1996.

CORDERO, F. **Guida alla procedura penale.** Torino: UTET, 1986.

COSTA JÚNIOR, P. J. & CERNICCHIARO, L. V. **Direito penal na constituição.** 2 ed., São Paulo : RT, 1991.

COSTA JÚNIOR, P. J. **Curso de direito penal.** vol. 1, São Paulo : Saraiva, 1991.

COUTINHO, J. N. M. **Discrição judicial na dosimetria da pena - fundamentação suficiente.** In Revista do Instituto dos Advogados do Paraná, nº 21, Curitiba.

COUTINHO, J. N. M. **O papel do novo juiz no processo penal.** In Direito Alternativo (Seminário nacional sobre o uso alternativo do direito), Rio de Janeiro : Instituto dos Advogados do Brasil, junho de 1993.

COUTINHO, J. N. M. **Crime continuado e unidade processual.** In Estudos criminais em homenagem a Evandro Lins e Silva. São Paulo : Método, 2001.

COUTINHO, J. N. M. **Efetividade do processo penal e golpe de cena - um problema às reformas processuais.** In Escritos de direito e processo penal em homenagem ao Professor Paulo Cláudio Tovo. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2002.

CUNHA, R. M. C. **O caráter retórico do princípio da legalidade.** Porto Alegre : Síntese, 1979.

CORREIA, E. **Direito criminal.** Coimbra : Almedina, 1971.

CURY, E. **La ley penal en blanco**. Bogotá : Editorial Temis, 1988.

CURY URZÚA, E. **Derecho penal - parte general**. 2 ed., Santiago : Editorial Jurídica do Chile, 1996.

DIAS, J. F. **Erro sobre proibições legais e falta de consciência do ilícito (arts. 16º e 17º do Código Penal)- violação de normas de execução orçamental**. In Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Ano 5 (abril-junho de 1995), Lisboa : Aequitas Editora.

DINAMARCO, C. R. **A reforma do código de processo civil**. São Paulo : Malheiros, 1995.

DOTTI, R. A. **A retroatividade da lex mitior e o critério da combinação de leis**. In Justiça Penal - 10 anos da Constituição e a Justiça Penal. São Paulo : RT, 1999.

DOTTI, R. A. **Curso de direito penal**. Rio de Janeiro : Forense, 2002.

ENCINAS, E. E. (Cord.). **Código penal alemán - StGB Código procesal penal alemán**. Madrid : Marcial Pons, 2000.

FAYET JÚNIOR, N. **Do crime continuado**. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2001.

FERRAZ, T. S. **Introdução ao estudo do direito - técnica, decisão, dominação**. São Paulo : Atlas, 1990.

GRAU, E. R. **La doppia destrutturazione del diritto**. Milano : Unicopli, 1996.

GRAU, E. R. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. São Paulo : Malheiros, 2002.

FERREIRA, M. C. **Direito penal português**. 2 ed., Lisboa : Editorial Verbo, 1982.

FIANDACA, G. & MUSCO, E. **Diritto penale**. Bologna : Zanichelli, s/d.

FIERRO, G. J. **La ley penal y el derecho transitorio - retroactividad e irretroactividad**. Buenos Aires : Depalma, 1978.

FISCHER, O. C. **Contribuição ao PIS**. São Paulo : Dialética, 1999.

FRAGOSO, H. C. **Lições de direito penal**. 2 ed., Rio de Janeiro : Forense, 1991.

GARCIA, B. **Instituições de direito penal**. 4 ed., São Paulo : Max Limonad, s/d.

GEBRAN NETO, J. P. **A aplicação imediata dos direitos e garantias individuais - a busca de uma exegese emancipatória.** São Paulo : RT, 2002.

GILISSEN, J. **Introdução histórica ao direito.** Tradução: A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros, 2 ed., Lisboa : Fundação Calouste Gulbenkian, 1995.

HESSE, K. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha.** Tradução: Luiz Afonso Heck, Porto Alegre : Sérgio Antônio Fabris, 1998.

HUNGRIA, N. **Comentários ao código penal.** v. 1, t. 1, 3 ed., Rio de Janeiro : Forense, 1955.

JAKOBS, G. **Derecho penal - fundamentos e teoría de la imputación.** Tradução : Joaquin Cuello Contreras e Jose Luis Serrano Gonzalez de Murillo, Madrid : Marcial Pons, 1995.

JESCHECK, H. H. **Tratado de derecho penal.** Tradução: S. Mir Puig e F. Muñoz Conde, Barcelona : BOSCH, 1978.

JESUS, D. E. **Direito penal.** Vol. 1, 20 ed., São Paulo : Saraiva, 1997.

LARENZ, K. **Metodologia da ciência do direito.** Tradução : José Lamego, 2 ed., Lisboa : Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

LYRA FILHO, R. & CERNICCHIARO, L. V. **Compêndio de direito penal.** São Paulo : José Bushatsky, 1973.

LOPES, M. A. R. **Princípio da legalidade penal.** São Paulo : RT, 1994.

LOEWENSTEIN, K. **Teoría de la constitución.** 2 ed., Tradução: Alfredo Gallego Anabitarte, Barcelona : Ariel, 1986.

MACHADO, L. A. **Direito criminal.** São Paulo : RT, 1987.

MANTOVANI, F. **Diritto penale.** Padova : CEDAM, 1979

MARINUCCI, G. & DOLCINI, E. **Corso di diritto penale.** 2 ed., Milano : Giuffrè, 1999.

MARQUES, J. F. **Curso de direito penal.** v. 1, São Paulo : Saraiva, 1954.

MAURACH, R. & ZIPF, H. **Derecho penal.** Tradução: Boffil Genzsch e Enrique Aimone Gibosn, Buenos Aires : Editorial Astrea, 1994.

MAXIMILIANO, C. **Hermenêutica e aplicação do direito.** 12 ed., Rio de Janeiro : Forense, 1992.

MENDES, G. F. **Controle de constitucionalidade.** São Paulo : Saraiva, 1990.

MESTIERI, J. **Teoria elementar do direito criminal**. Rio de Janeiro : Edição do Autor, 1990.

MEZGER, E. **Derecho penal**. Tradução: Ricardo C. Núñez, Tijuana : Cardenas, 1985.

MIR PUIG, S. **Derecho penal - parte geral**. 4 ed., Barcelona : Reppertor, 1995.

NORONHA, E. M. **Direito penal**. 21 ed., São Paulo : Saraiva, 1982.

NOVAIS, J. R. **Contributo para uma teoria do estado de direito - do estado de direito liberal ao estado social e democrático de direito**. Coimbra : Coimbra Editora, 1987.

ORDEIG, E. G. **Concepto y método de la ciencia del derecho penal**. Madrid : Tecnos, 1999.

PADOVANI, T. **Diritto penale**. 3 ed., Milano : Giuffrè, 1995.

PELUSO, V. T. P. **Escusa absolutória (art. 181, II, do CP): Aplicação analógica**. In Boletim do IBCCrim. Ano 10, n. 113 (Abril de 2002) Instituto Brasileiro de Ciências Criminais.

PIERANGELLI, J. H. **Códigos penais do brasil - evolução histórica**. Bauru : Javoli, 1980.

RAMÍREZ, J. B. **Introducción al derecho penal**. Chile : Ediar, 1989.

RAMÍREZ, J. J. B. & MALARÉE, H. H. **Lecciones de derecho penal**. v. 1, Madrid : Editorial Trotta, 1997.

RANIERI, S. **Manuale di diritto penale**. Padova : CEDAM, 1968.

ROXIN, C. **Derecho penal - parte general**. Tradução: Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz Y Garcia Conlledo e Javier de Vicente Remesal, Madrid : Civitas, 1997.

SANTOS, J. C. **Teoria do crime**. São Paulo : Acadêmica, 1992.

SARLET, I. W. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 1998.

SCHÄFER, J. G. **Direitos fundamentais - proteção e restrições**. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2001.

SCHIER, P. R. **Direito Constitucional - Anotações nucleares**. Curitiba : Juruá, 2001.

SCHMIDT, A. Z. **O princípio da legalidade penal no estado democrático de direito**. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2001.

STRECK, L. L. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**. 2 ed., Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2000.

STRECK, L. L. **Jurisdição constitucional e hermenêutica - uma nova crítica do direito**. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2002.

TEMER, M. **Elementos de direito constitucional**. 13 ed., São Paulo : Malheiros, 1997.

TOLEDO, F. A. **Princípios Básicos de direito penal**. 4 ed., São Paulo : Saraiva, 1991.

VARGAS, J. C. **Instituições de direito penal**. Belo Horizonte : Del Rey, 1997.

VAZ, M. A. **Lei e reserva de lei**. Porto: UCL, 1992.

VELLOSO, C. M. S. **O princípio da irretroatividade da lei tributária**. In Revista Trimestral de Direito Público nº 15.

WELZEL, H. **Derecho penal aleman**. Tradução: Juan Bustos Ramírez e Sergio Yáñez Pérez, 4 ed., Santiago : Editorial Jurídica do Chile, 1993.

WESSELS, J. **Direito penal**. Tradução: Juarez Tavares, Porto Alegre : Sergio Antonio Fabris, 1976.

ZAFFARONI, E. R. **Manual de derecho penal**. 6 ed., Buenos Aires : Ediar, 1991.

ZAFFARONI, E. R. **Tratado de derecho penal**. v. 1, Buenos Aires : Ediar, 1987.

ZAFFARONI, E. R. & PIERANGELI, J. H. **Manual de direito penal brasileiro - parte geral**. 4 ed., São Paulo : RT, 2002.